

**UNIVERSITE JEAN MOULIN  
LYON III**

**L'INSAISSABILITE DES BIENS DES PERSONNES PUBLIQUES :  
VERS LA MISE EN PLACE D'UN CRITERE FONCTIONNEL ?**

Christophe Roux

Mémoire pour le Master 2 Recherche Droit public fondamental

*Sous la direction de Madame Sylvie CAUDAL  
Professeur à l'Université Jean Moulin - Lyon III  
Directrice de l'Ecole doctorale de droit*

N° 7

Année universitaire 2006-2007

*Collection des mémoires de l'Equipe de droit public*



# AVANT-PROPOS

*L'Equipe de droit public*, alors animée par madame le professeur Sylvie Caudal, a décidé il y a quelques années de lancer une collection des « Mémoires de l'Equipe de Droit Public » destinée à publier les meilleurs mémoires des masters 2 recherche qui lui sont rattachés.

Cette démarche constitue à présent un élément à part entière de la politique scientifique de cette équipe dont l'objectif est de valoriser les meilleurs travaux de recherche réalisés au cours d'une année universitaire.

Certes, comme cela a été souligné, ces travaux n'ont pas la dimension d'une thèse mais, qu'ils aient une forte dimension historique, positiviste, théorique, ils constituent un travail original dont la qualité est attestée par les responsables du Master concerné.

C'est dans ce cadre que s'inscrit le mémoire de monsieur Christophe Roux qui est le septième volume de cette collection.

Ce mémoire a été préparé sous la direction de madame le professeur Sylvie Caudal, actuelle directrice de l'Ecole doctoral de droit, et soutenu en 2007 dans le cadre du Master 2 Recherche Droit public fondamental.

Il porte sur « *L'insaisissabilité des biens des personnes publiques : vers la mise en place d'un critère fonctionnel ?* ».

Cette étude était et demeure d'une véritable actualité juridique et trouve place dans un questionnement traditionnel du droit public français.

Démontrant la fragilisation du critère organique de cette question, monsieur Roux a cherché à se demander et à vérifier si le critère fonctionnel ne pouvait constituer une réponse plus appropriée à cette question de l'insaisissabilité des biens des personnes publiques.

La qualité de ce travail a été reconnue et il paraissait utile voire indispensable d'en assurer la diffusion ; c'est chose faite au travers de la présente publication.

Jean-Luc Albert  
Professeur à l'Université Jean Moulin – Lyon 3  
Directeur de l'Equipe de Droit public



## **REMERCIEMENTS**

Je tiens tout d'abord à remercier Mme. le professeur Sylvie Caudal, pour son accompagnement précieux dans le cadre de ce mémoire. Ses conseils, sa disponibilité et la confiance qu'elle m'a témoignée me furent essentiels.

Que M. le professeur Jean Untermaier trouve l'expression de mes sincères remerciements pour avoir accepté de juger ce travail.

Mes remerciements s'adresseront aussi à l'ensemble des professeurs du Master 2 Recherche «Droit public fondamental», dont les enseignements furent primordiaux, et singulièrement à M. le professeur Thierry Debard, responsable de ce dernier.

Enfin, des remerciements particuliers à M. Nicolas Forest et Mlle. Camille Mages.



# **SOMMAIRE**

• <b><u>Sommaire</u></b>	9
• <b><u>Principales abréviations</u></b>	11
• <b><u>Introduction</u></b>	14
<b><u>Titre I- Le fondement organique de l'insaisissabilité : une consécration fragilisée</u></b>	27
<b><u>Chapitre 1 : La consécration de l'exclusivité du critère organique</u></b>	27
<i>Section 1 : La personnalité publique, fondement du principe d'insaisissabilité</i>	28
<i>Section 2 : La portée du principe d'insaisissabilité des propriétés publiques</i>	49
<b><u>Chapitre 2 : Les limites de l'exclusivité du critère organique</u></b>	68
<i>Section 1 : Approche critique du rattachement de l'insaisissabilité à la personnalité publique</i>	69
<i>Section 2 : L'abandon de la gémellité entre personnalité publique et insaisissabilité</i>	84
<b><u>Titre II- L'établissement d'un critère fonctionnel : une adaptation exigée</u></b>	95
<b><u>Chapitre 1 : Constance et prévalence du critère fonctionnel</u></b>	95
<i>Section 1 : La permanence et l'autonomie des références au critère fonctionnel</i>	96
<i>Section 2 : L'exemplarité du droit comparé et international</i>	110
<b><u>Chapitre 2 : Formalisation et apports du critère fonctionnel</u></b>	124
<i>Section 1 : L'établissement d'un critère fonctionnel</i>	124
<i>Section 2 : L'intérêt du critère fonctionnel</i>	139
• <b><u>Conclusion</u></b>	156
• <b><u>Bibliographie indicative</u></b>	159
• <b><u>Table des matières</u></b>	165



# PRINCIPALES ABREVIATIONS

AJDA	Actualité juridique de droit administratif
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation.
CA	Cour d'appel
CAA	Cour administrative d'appel
Cass. Civ.	Cour de cassation, chambre civile
Cass. Com.	Cour de cassation, chambre commerciale
CC	Conseil constitutionnel
CE	Conseil d'Etat
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CGCT	Code général des collectivités territoriales
CG3P	Code général de la propriété des personnes publiques
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CJEG	Cahier juridique de l'électricité et du gaz
CMP	Code des marchés publics
CMP	Contrats et marchés publics
Coll.	Collection
D.	Recueil Dalloz
DA	Droit administratif
DP	Droit public
Ed.	édition
EDCE	Etudes et documents du Conseil d'Etat
Fasc.	Fascicule
GAJA	Grands arrêts de la jurisprudence administrative
Gaz. Pal	La gazette du palais
Ibid.	Ibidem
J-CI	Juris-Classeur
JCP A	La semaine juridique, édition Administration
JCP G	La semaine juridique, édition générale
JCP N	La semaine juridique, édition notariale
JO	Journal officiel
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
LOLF	Loi organique relative aux lois de finance
LPA	Les petites affiches
n°	Numéro
obs.	observations
p.	page
préc.	précité
RA	Revue administrative
RDC	Revue des contrats
RDP	Revue du droit public et de la science politique
RFAP	Revue française d'administration publique
RFDA	Revue française de droit administratif
RJEP (CJEP)	Revue juridique des entreprises publiques
RMCUE	Revue du marché unique européen
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
ss.	suivants
S.	Sirey
TA	Tribunal administratif
TC	Tribunal des conflits
TGI	Tribunal de grande instance
TCE	Traité des communautés européennes
TUE	Traité de l'Union européenne



*« La destinée des administrations publiques ne doit pas être à la merci de leurs créanciers ; même quand elles sont au-dessous de leurs affaires, ceux-ci ne doivent pas pouvoir les faire mettre en liquidation, ce qui serait interrompre la gestion des services publics dont elles ont la charge et dont l'exécution régulière est une nécessité publique. La nécessité d'assurer le service public l'emporte sur les considérations tirées du crédit (...) »*

**Maurice Hauriou** (*Précis de droit administratif*, 8<sup>ème</sup> éd, p. 892)

« *Le dogme est toujours debout* ». Ainsi le Professeur Pacteau<sup>1</sup> résumait-il dans ses observations la portée de l'arrêt de principe rendu par la Cour de cassation le 21 décembre 1987 *BRGM*<sup>2</sup>, fondant l'insaisissabilité des propriétés publiques sur un critère exclusivement organique. « *Debout* », certes, d'autant plus qu'il n'est pas permis de douter de la solution actuelle, le Code général de la propriété des personnes publiques affirmant sans équivoque dans son article 2311-1 que « *Les biens des personnes publiques mentionnées à l'article L. 1 sont insaisissables* »<sup>3</sup>. Mais « *toujours debout* », c'est signifier que le dogme aura longtemps vacillé, entre controverses, hésitations, atermoiements, imprécisions, au gré des contradictions, des conséquences inéquitables et de l'évolution des structures publiques qui implique des régimes de protection différenciés. Alors, et même si aujourd'hui l'état du droit positif ne laisse guère de doute, il est frappant de constater qu'une grande partie de la doctrine, parmi les auteurs les plus autorisés, n'a de cesse de remettre en cause, tout du moins d'appeler à la réduction de son champ, le privilège d'insaisissabilité<sup>4</sup>. Car aujourd'hui cette impossibilité de recourir aux voies d'exécution administratives à l'encontre des personnes publiques, prend la forme d'une protection « *permanente et absolue* »<sup>5</sup>: Tous les biens de toutes les personnes publiques sont insaisissables.

Historiquement, il est possible de remonter loin dans le temps, à l'Antiquité même, pour trouver des origines aux voies d'exécution que nous définirons comme « *la branche du droit qui étudie la procédure à suivre pour contraindre un débiteur à l'exécution de son obligation* »<sup>6</sup>. Ainsi, Mme. Chamard<sup>7</sup>, démontre qu'à l'origine en droit romain l'action dont disposait le créancier impayé portait à l'initial sur la personne de son débiteur (l'obligé

<sup>1</sup> Bernard Pacteau, Note sous l'arrêt Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 21 décembre 1987, *BRGM c/ Lloyd Continental, RFDA*, 1988, p 771.

<sup>2</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 21 décembre 1987, *BRGM c/ Société Lloyd Continental*, Bull. civ., I, n° 348, p. 249 ; *RFDA*, 1988.771 Conclusions Charbonnier, note Pacteau ; *CJEG*, 1988.J.107, note Richer ; *JCP* 1989.II.21183 note Nicod ; *RTD. Civ.* 1989.145 note Perrot ; Voir aussi « *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative* » (GAJA), n° 96, p. 678 ; Pierre Sargos, « *L'exécution des décisions judiciaires portant condamnation d'une personne publique* », in Rapport général de la Cour de cassation 1987, 1987, p. 122.

<sup>3</sup> Ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006 relative à la partie législative du Code générale de la propriété des personnes publiques, *JO* du 22 avril 2006. L'article L 1 mentionnant que les personnes concernées sont l'Etat, les collectivités locales et les établissements publics.

<sup>4</sup> Yves Gaudemet, « *L'entreprise publique à l'épreuve du droit public* », in Mélanges Drago, p. 259 et ss., *Economica* 1996, « *La saisie des biens des établissements publics : nouveaux développements de la question* », *Gaz. Pal.*, 15 décembre 1984, p. 565 ; « *La réforme du droit des propriétés publiques : une contribution* », *CJEG*, 2004, n° 608, p. 163 et ss. C. Maugüe et G. Bachelier, « *Genèse et présentation du code général de la propriété des personnes publiques* », *AJDA*, 2006, p. 1073 et ss ; Roger Perrot « *Rapport français* » in « *Travaux de l'association Henri Capitant* » relatif à L'exécution des décisions de justice, T XXXVI, *Economica* 1987 ; Rapport de l'Institut de gestion déléguée, « *Valorisation des biens publics* » Publication IGD et dans le cadre de la publication des Actes du Colloques du 28 janvier 2004 sur la réforme du droit des propriétés publiques, *LPA*, n°147, 23 juillet 2004.

<sup>5</sup> Philippe Yolka, « *Protection des propriétés publiques : régime général* », *J. Cl. Propriétés publiques*, Fasc. 60, 2003

<sup>6</sup> Définition de Louis Jacquignon, « *L'exécution forcée sur les biens des autorités et services publics* », *AJDA* 1958, I, p. 71. L'article 1<sup>er</sup> de la loi du 9 juillet 1991 les définissant comme les procédés par lesquels « tout créancier peut (...) contraindre son débiteur défaillant à exécuter ses obligations à son égard ».

<sup>7</sup> Caroline Chamard, « *La distinction des biens publics et des biens privés* » Thèse Lyon III 25 juin 2002, *Dalloz*, 2004, p. 494.

acquérant un droit de vengeance, l'obligation étant « un lien personnel »<sup>8</sup>) avant que celle-ci ne soit transférée sur les biens de ce dernier. Le professeur Yolka<sup>9</sup> de rajouter que Tite-Live citait le cas où les créanciers de l'Etat pouvaient occuper les parcelles de *l'ager publicus* jusqu'au remboursement de la dette publique, ce qui rappelle peu ou prou la technique des emprunts perpétuels sous l'Ancien Régime qui aboutissait aux mêmes effets.

Cependant, nulle trace directe du principe d'insaisissabilité avant le 16<sup>ème</sup> siècle à partir duquel l'insaisissabilité des propriétés publiques devînt une conséquence indirecte de l'inaliénabilité proclamée par l'Edit de Moulins de 1566. Plus tardivement la Loi des 16 et 24 août 1790<sup>10</sup> (ainsi que le décret des 22 novembre et 1<sup>er</sup> décembre<sup>11</sup>) offrit une base textuelle au principe d'insaisissabilité, celle-ci étant continuellement visée par la jurisprudence jusqu'à l'arrêt *BRGM* de la Cour de cassation qui ne s'y référa plus. Il fallut en réalité attendre le 19<sup>ème</sup> siècle pour que le principe d'insaisissabilité prenne son autonomie par rapport au principe d'inaliénabilité, la jurisprudence s'y employant certes dès le 18<sup>ème</sup>, mais timidement<sup>12</sup>, puis de manière continue au siècle suivant à propos de l'Etat<sup>13</sup>, des collectivités locales<sup>14</sup> et enfin des établissements publics<sup>15</sup>.

L'insaisissabilité se définit comme une « *protection spéciale découlant de la loi (...) qui met tout ou partie certains biens d'une personne hors d'atteinte de ses créanciers, en interdisant que ces biens soient l'objet d'une saisie*<sup>16</sup>, dans les limites et sous les exceptions déterminées par la loi »<sup>17</sup>. C'est donc une protection qu'il convient, au même titre que l'incessibilité à vil prix, de rattacher au régime de la propriété publique et non de la domanialité publique, « *éternelle pomme de discorde du droit domanial* »<sup>18</sup>.

A cet égard en effet, il convient de distinguer les protections accordées au titre de la domanialité publique, (inaliénabilité, imprescriptibilité), qui est seule « irriguée » par la notion d'affectation, des protections accordées au titre de la personnalité publique (comme l'interdiction nuancée de recourir à l'arbitrage<sup>19</sup>) dont un versant patrimonial spécifique

---

<sup>8</sup> H. Gazin, « Essai critique de la notion de patrimoine dans la doctrine classique », thèse, p 47. Cité par Caroline Chamard (Ibid.).

<sup>9</sup> Philippe Yolka, précité, note n° 5

<sup>10</sup> Publiée au Recueil Duvergier, p. 361

<sup>11</sup> L'article 9 de ce décret étant relatif aux deniers publics, tandis que l'article 8 disposait que « *Les domaines nationaux et les droits qui en dépendent sont et demeureront inaliénables sans le consentement et le concours de la nation ; mais ils peuvent être vendus et aliénés à titre perpétuel et incommutable en vertu d'un décret formel du corps législatif, sanctionné par le Roi (...)* ».

<sup>12</sup> T. cass. 16 thermidor an X, S, 1791, p. 677.

<sup>13</sup> Cass. 31 mars 1819, Enregistrement c/ Jousselin, S. 1819-1821.p.51.

<sup>14</sup> Cass. Civ. 5 mai 1885, Caratier-Terrasson, S. 1886.1. p 353 note Chavegrin.

<sup>15</sup> TC, 9 décembre 1899, Association syndicale du canal de Gignac, S. 1900,3, p 49 note M. Hauriou.

<sup>16</sup> Saisie : voie de droit sur le patrimoine permettant au créancier d'assurer la conservation et, le cas échéant, la réalisation de son gage, Définition empruntée à Yves Claisse, in, « *Droit et pratique des voies d'exécution* », Serge Guinchard et Tony Moussa [dir.] Dalloz, Coll. Dalloz action, 5<sup>ème</sup> ed. 2006/2007, 2007.

<sup>17</sup> Gérard Cornu, « *Vocabulaire juridique* », Association Henri Capitant, PUF, 7<sup>ème</sup> ed., 2005.

<sup>18</sup> Philippe Yolka. préc. Note 7.

<sup>19</sup> Voir arrêt de principe CE, 13 décembre 1957, Société nationale des vente de surplus (SNVS), *Rec.* p. 678.

implique l'imposition de certaines règles telle que l'insaisissabilité. Témoinant d'une « surdétermination de la propriété par la personnalité morale de droit public »<sup>20</sup>, elle s'assimile en réalité à une immunité, c'est-à-dire un « privilège faisant échapper une personne, en raison d'une qualité qui lui est propre, à un devoir ou une sujétion pesant sur les autres (...) l'exemptant à certains égards de l'application du droit commun »<sup>21</sup>. Dans ce cadre, l'insaisissabilité se présente comme dérogoire à l'article 2092 du Code civil selon lequel « quiconque s'est obligé personnellement est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers présents ou à venir ».

Un paradoxe, et non des moindres, ressort de ces précisions, tendant à assimiler insaisissabilité et immunité. Alors que l'immunité d'exécution est personnelle et interdit toute mesure de contrainte à l'égard du débiteur, l'insaisissabilité en principe, « constitue la face patrimoniale de l'immunité »<sup>22</sup>. Elle s'attache donc non pas à la qualité de l'organe mais à la nature des biens en cause : « l'insaisissabilité empêche seulement le créancier d'aller au bout de son droit contre le débiteur »<sup>23</sup>, l'assiette de la saisie étant nulle. Or, en donnant un fondement organique à l'insaisissabilité, celle-ci devient immunité<sup>24</sup> alors que par essence l'insaisissabilité suppose que seuls certains biens ne puissent faire l'objet de saisies.

A ce paradoxe, seule une tautologie semble remédier. Si l'insaisissabilité est une simple déclinaison de l'immunité et si l'on admet que tout bien inaliénable est à fortiori insaisissable, il en résulte précisément, et le terme est particulièrement signifiant, une « surdétermination » de la propriété par la personnalité publique. En effet, les biens (aliénables) du domaine privé sont tout autant insaisissables. Or, s'il existe des justifications propres à l'exclusivité du critère organique, ces dernières n'emportent pas la conviction tant il est vrai que la personnalité juridique est « un fait » et non un lien de cause à effet par lui-même.

Il s'agira dès lors non pas de contester l'analyse, vérifiée en pratique et admise par les tribunaux, selon laquelle l'insaisissabilité est liée à un critère organique exclusif, mais de discuter de son bien fondé. En effet, une partie de la doctrine a en réalité davantage accrédité le principe par lui-même, en s'appuyant sur le droit positif, les justifications du principe se heurtant d'une part à une certaine obsolescence et, d'autre part, à des contrariétés juridiques indépassables. Aussi, le principe selon lequel « tous les biens de toutes les personnes publiques » sont insaisissables, portait en germe la controverse puisque la réponse

---

<sup>20</sup> Ibid.

<sup>21</sup> G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, préc. note n° 17.

<sup>22</sup> P. Yolka, préc. note n° 5.

<sup>23</sup> Benoît Nicod, Note sous l'arrêt Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 21 décembre 1987, BRGM c/ Lloyd Continental, *JCP G*, 1989, II, 21183.

<sup>24</sup> Voir en ce sens Benoît Nicod, « Immunités et insaisissabilités », *LPA*, 6 janvier 1993, n°3-19.

« organique » ne répondait pas en elle-même à une notion que nous qualifierons de « fonctionnelle » intrinsèquement<sup>25</sup>. Au-delà de la sémantique juridique, cette incohérence a irrésistiblement conduit une partie de la doctrine à remettre en cause le fondement organique, en s'attachant davantage aux biens et à leur nature spécifique qu'à la qualité du débiteur.

C'est dans cette perspective que le présent mémoire compte asseoir sa proposition, fondée non plus exclusivement sur la qualité du débiteur, la personne publique, mais sur la nature particulière des biens détenus par celle-ci. La particularité des propriétés publiques étant, bien entendu, que certaines d'entre elles possèdent un intérêt collectif « prononcé », étant affectées à un service public, permettant d'assurer sa continuité ainsi que la permanence de l'Etat. D'autres biens à l'inverse s'assimilent davantage à des moyens de production en tant que tels, nécessaires à la poursuite d'activités commerciales, concurrentielles. Certaines personnes publiques exerçant une activité « économique » par nature auquel le droit communautaire accorde toute sa vigilance<sup>26</sup>. Avec cependant une précision de taille : le caractère commercial ou lucratif d'une activité n'est pas exclusif de la poursuite d'une mission d'intérêt général ou de service public.

Or, dans ce cadre, une protection de certains biens apparaît nécessaire en vertu notamment du principe de continuité des services publics, principe de valeur constitutionnelle<sup>27</sup>. Dès lors, l'objet du mémoire sera de proposer l'adjonction au critère organique d'un critère fonctionnel, tenant à la nature particulière du bien au regard des missions de service public accomplies par les personnes publiques. Car, selon une vision théorique transversale, *« ce que peut avoir de relief la détention de prérogatives de puissance publique par l'administration ne doit pas dissimuler qu'elle n'en dispose que pour assurer au mieux le service de l'intérêt général, c'est-à-dire les services publics »*<sup>28</sup>.

---

<sup>25</sup> René Chapus parlait ainsi de « *La notion fonctionnelle de service public* », voir René Chapus, *Droit administratif général*, T1, Montchrestien, 15<sup>ème</sup> ed., 2001, § 746.

<sup>26</sup> Il ressort à cet égard de l'arrêt CJCE, 13 juillet 1962, Mannesman AG c/ H.A, aff. 19/61, Rec. p. 675, une définition stricte de la notion d'entreprise : « *Sujet juridiquement autonome, poursuivant de façon durable un but économique déterminé* ». A cette définition s'est substitué la notion « d'opérateur économique » que l'arrêt CJCE, 23 Avril 1991, Höfner et Elser (C-41/90, R. I-1979) a défini comme « *toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement* ». Aussi, ces deux définitions attachent donc une indifférence de principe à la nature publique ou privée de l'opérateur économique.

<sup>27</sup> Conseil constitutionnel, 25 juillet 1979, DC N° 79-105, Loi modifiant les dispositions de la Loi du 7 Août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail. JO du 27 Juillet 1979 « (...) que, notamment en ce qui concerne les services publics, la reconnaissance du droit de grève ne saurait avoir pour effet de faire obstacle au pouvoir du législateur d'apporter à ce droit des limitations nécessaires en vue d'assurer la continuité du service public qui, tout comme le droit de grève, a le caractère d'un principe de valeur constitutionnel ».

<sup>28</sup> René Chapus, précité note n° 25, § 742.

Un premier écueil à cette proposition pourrait être avancé. Comme l'admet volontiers un des auteurs ayant « motivé » la présente étude<sup>29</sup>, le critère fonctionnel est un concept dont la « *jouissance* »<sup>30</sup> est probablement davantage récurrente et intermittente qu'« *éternelle* »<sup>31</sup>. Ce serait un outil juridique subsidiaire par rapport au critère organique, presque un parent pauvre s'il fallait exagérer, ce que l'histoire propre de notre droit public semble justifier tant il est vrai que les pères du droit des propriétés publiques françaises, André de Laubadère et Marcel Waline, eurent raison du fonctionnalisme proposée par René Capitant<sup>32</sup>. De manière plus pragmatique, il est à noter en effet que le critère organique est beaucoup plus rigoureux que le critère fonctionnel. La personnalité publique ne se présume pas, ne se « devine » pas : elle est ou elle n'est pas<sup>33</sup>. Tandis que le second est par essence protéiforme, prêtant à discussion, interprétations, degrés... ne serait-ce que parce qu'un des critères du service public est l'intérêt général, standard juridique particulièrement mouvant, catégorie fourre tout de l'inqualifiable<sup>34</sup>.

A ce stade, deux remarques générales s'imposent. Concernant ce dernier point, et il s'agit d'un truisme tant les auteurs le soulignent, l'approche communautaire diffère sensiblement de celle du droit interne : elle est notamment caractérisée par une vision finaliste. Dans ce cadre, l'approche organique trouve parfois des limites voire des contradictions avec le droit communautaire, à l'image de certains concepts communautaires face auxquelles les qualifications juridiques internes sont parfois inopérantes ou insensibles. L'apport du droit communautaire bouleverse les fondements, régimes, mécanismes et effets de notre droit, comme c'est le cas en matière d'insaisissabilité. Le droit communautaire a en effet renouvelé les enjeux de la question par une communication du 11 mars 2000 laissant entendre que l'insaisissabilité pourrait être assimilable à une aide d'Etat<sup>35</sup>, position que semble confirmer une recommandation plus récente du 4 octobre 2006 où l'insaisissabilité dont jouissait La Poste a été fermement condamnée. Dans les deux cas, la Commission assimile la mesure à une garantie étatique illimitée en faveur de l'établissement<sup>36</sup>. Les articles 86 et 87 TCE relatifs aux aides d'Etats et aux garanties illimitées ou implicites semblent ainsi

---

<sup>29</sup> Benoît Plessix, « *L'éternelle jouissance du service public* », *JCP A*, 24 octobre 2005, p. 1613.

<sup>30</sup> *Ibid.*

<sup>31</sup> *Ibid.*

<sup>32</sup> La doctrine s'opposa longtemps sur cette question. Voir d'un côté la note de René Capitant sous CE, 17 février 1933, *Commune de Barran*, *D.* 1933.3, p. 49. De l'autre Marcel Waline, « *Les mutations domaniales* », thèse, 1925.

<sup>33</sup> Sous la réserve bien entendu des personnes publiques sui generis comme la Banque de France, TC, 16 juin 1997, *Sté La fontaine de Mars c/ Banque de France*, *RFDA*, 1997, p. 823, concl. Arrighi de Casanova. Voir également CE, 22 Mars 2000, *Syndicat national autonome du personnel de la Banque de France*, *AJDA*, 2000, p. 410.

<sup>34</sup> On pourra se référer à la thèse de S. Rials, « *Le juge administratif français et la technique du standard* » thèse, LGDJ, 1980.

<sup>35</sup> Communication de la Commission sur l'application des articles 87 et 88 du TCE aux aides d'états sous formes de garanties, 2000, C 71/07, *JOCE* du 11 mars 2000, C, 71/74 à 71/18.

entrer en contrariété avec le privilège d'insaisissabilité, conféré notamment aux établissements publics industriels et commerciaux (EPIC). Dès lors, en termes d'incompatibilités du droit positif, aussi bien qu'en termes de nécessité de tendre vers l'approche communautaire, l'approche finaliste et fonctionnelle que se propose de suivre le présent mémoire dépasse, par ses incidences et la voie empruntée, le cadre stricto sensu du sujet. A l'instar de la refonte du droit de la propriété des personnes publiques<sup>37</sup>, tourné vers une optique de valorisation des propriétés publiques, mais aussi dans le sens des auteurs plaçant pour un lien ténu entre critère organique et fonctionnel<sup>38</sup>, le sujet s'inscrit dans un tendance globale visant d'une part à régler les contrariétés avec le droit communautaire, et, d'autre part, à moderniser notre cadre juridique en fonction des finalités diverses que les activités de l'Administration imposent.

On en vient au second écueil qu'un tel sujet pourrait présenter. Longtemps la jurisprudence et la doctrine se sont focalisées sur les problématiques liées à l'apposition du privilège d'insaisissabilité aux propriétés des seuls EPIC. C'est ainsi que la controverse s'est durablement ancrée sur ce point, le critère organique étant contesté dans le fond «à la marge», sa remise en cause n'étant que partielle, centrée sur les EPIC. Structures hybrides. «commerçants publics»<sup>39</sup>, essentiellement soumis aux règles commerciales de droit commun<sup>40</sup>, leur personnalité publique a de fait entraîné des mécanismes de droit public, comme l'insaisissabilité, peu compatibles avec les lois et usages de la vie commerciale. Ces règles présentent le paradoxe d'assurer une certaine protection à ces derniers, entraînant dès lors des distorsions de concurrence voire le risque de qualification d'aides d'Etat. Mais, ce sont également des règles qui jouent à leur encontre. C'est en ce sens déjà que se prononçait le doyen Vedel en 1956, fervent partisan d'une réduction du champ de l'insaisissabilité : « *Quant au principe selon lequel il n'existe pas de voies d'exécution à l'encontre des personnes publiques, même sur leur domaine privé, il est, pour les mêmes raisons, inapplicable aux entreprises nationales et, pour les mêmes raisons, car il se retournerait*

---

<sup>36</sup> Comm., Recommandation, 4 octobre 2006, IP/06/1635. Déjà en ce sens, trois ans plus tôt à propos d'EDF : Communication de la Commission du 16 décembre 2003, IP/03/1737.

<sup>37</sup> Voir ordonnance du 21 avril 2006, préc. note n° 3.

<sup>38</sup> On se référera notamment à Pierre Delvolvé, « *L'exécution des décisions de justice contre L'administration* », EDCE, 1990, p 111 : « *On en vient à se demander s'il ne convient pas de resserrer les liens entre organes et fonctions. En accroissant les activités des personnes publiques qui ne correspondent pas à des services publics, en reconnaissant des services publics dans des activités exercées par des personnes privées, on étend des privilèges qui n'existaient au profit des personnes publiques qu'à raison des services publics qu'elles remplissaient* ». Voir également Yves Gaudemet et Laurent Deruy, « *Les travaux de législation privée, le rapport de l'Institut de gestion déléguée* », LPA, 23 juillet 2004, n°147, p. 9 ; Jacques Arrighi de Casanova, « *Pourquoi réformer le droit des propriétés publiques* », LPA 23 juillet 2004, n° 147, p. 17 : « *Recentrer le domaine public autour de la notion d'affectation* ».

<sup>39</sup> Selon l'expression du Doyen Vedel (« *Le régime des biens des entreprises nationalisées* », CJEG, 1956, p 177-186).

<sup>40</sup> On citera pêle-mêle l'obligation d'inscription au RCS, le bénéfice de la législation sur les baux commerciaux ou encore la réserve de compétence au profit du juge judiciaire...

contre les intérêts de leur exploitation »<sup>41</sup>. L'impossibilité de constituer des garanties mais également des droits réels étant, comme nous le verrons en détail, l'aspect « négatif » d'une telle mesure. A cela, on peut ajouter que traditionnellement, on rapproche de l'insaisissabilité des personnes publiques deux autres mécanismes particulièrement protecteurs<sup>42</sup>, à savoir l'impossibilité pour les personnes publiques de faire l'objet d'une procédure collective de redressement et de liquidation judiciaire<sup>43</sup>, ainsi que l'inopposabilité de la compensation pour certaines de ses créances<sup>44</sup>.

C'est ainsi que dès l'après guerre, à la suite des premières nationalisations, une première remise en cause fondée sur un critère matériel a tenté d'opérer une réduction du champ de l'insaisissabilité<sup>45</sup>. Brièvement, l'insaisissabilité était fonction de l'activité gérée par la personne publique : dès lors qu'un EPIC manifestait un « degré de commercialité » prononcé tenant à la nature de son activité et à son fonctionnement, il redevenait soumis aux voies d'exécution du droit privé. Puis dans les années 1980, la controverse tirée de l'approche formelle, où l'insaisissabilité était fonction de l'absence ou non d'un comptable public au sein des EPIC, par un rattachement à la notion de deniers publics<sup>46</sup>. Pour reprendre les mots d'un étudiant qui a consacré récemment un mémoire à la question, il n'est en effet pas possible de contester la relation « fusionnelle » qui a toujours existé entre l'insaisissabilité des biens et les établissements publics<sup>47</sup>. Relation devenue « conflictuelle » dès lors qu'est apparue la notion d'EPIC.

Si bien entendu il apparaît logique que la critique se soit longtemps concentrée sur cette problématique, de par l'aspect hybride de telles entités, le sujet de notre mémoire se justifie pleinement et appelle à deux réflexions complémentaires.

---

<sup>41</sup> Georges Vedel, préc. note n° 39.

<sup>42</sup> Voir Christian Gentili, « Immunités en droit interne », *J. Cl. Voies d'exécution*, Fasc. 495, 30 septembre 2006, point 13.

<sup>43</sup> Voir Article L 632-1 du Code de commerce.

<sup>44</sup> Pour exemple, voir P-L Frier, « Précis de droit administratif » : LGDJ, Montchrestien, 2006, n° 365.

<sup>45</sup> Dans le sens de la saisissabilité : T civil de Lyon du 14 avril 1948 confirmé par CA Lyon, 13 juillet 1948 (*JCP* 1950.II.5290, note G-E Lavau) ; T. civil de Marseille du 27 mai 1948 confirmé par CA Aix, 3<sup>ème</sup> ch, 30 novembre 1949, *JCP* 1950.II.5245 bis, note G-E Lavau. Dans le sens de l'insaisissabilité : T civil Marseille 4 mars 1947 et 3 juin 1947, T civil de la Seine des 30 décembre 1948 et 24 mai 1949, CA Alger du 8 Juin 1949, T civil de la Seine du 12 juillet 1948 confirmé par CA Paris, 22 décembre 1948, *JCP*, 1949.II. 4279 Note Lavau, S. 1949.2.89, note Drago, *D.*1949.235 note Blavoët.

<sup>46</sup> Voir CA Paris, 26 mai 1982, *JCP*.1982.II. 19911, note J. Prévault. TGI Paris, 1<sup>ère</sup> ch., 1<sup>ère</sup> sect, 1<sup>er</sup> février 1984, GDF c/ Sté Omnium d'investissement auxiliaire, *JCP* 1984, II, n° 20294, Note Jacques Prévault. Voir surtout Cour d'appel de Paris du 11 juillet 1984, *D* 1985, J, p. 174, note Denoix de Saint Marc ; René Ducos-Ader., « Le principe de l'insaisissabilité, un principe autonome et général du droit applicable à tous les établissements publics industriels et commerciaux », *Gaz. Pal* 14 Août 1986, Doctr., p 474.; Paul Amselek, « Les établissements publics sans comptable public et le principe de l'insaisissabilité des biens des personnes publiques », *D.*, I, 1986, 3236. Yves Gaudemet, « La saisie des biens des établissements publics : nouveaux développements de la question », *Gaz. Pal*, 15 décembre 1984, p. 565. Et enfin Benoît Nicod, Note sous l'arrêt CA Paris, 18 mars 1986, BRGM c/ S.A Lloyd Continental, *D*, 1987, p. 310.

<sup>47</sup> François Blanc, *Le principe d'insaisissabilité des biens des établissements publics industriels et commerciaux*, Jacques Arrighi de Casanova [dir.], Mémoire M2 recherche Droit public approfondi Panthéon Assas, 2006, 58 pages.

D'une part, le fait de traiter l'ensemble des propriétés publiques n'est pas anodin : les EPIC ne sont pas les seules personnes publiques à exercer une activité « économique »<sup>48</sup>. Les collectivités locales mais aussi l'Etat empiètent souvent sur la sphère commerciale tant par leurs activités que par les supports domaniaux qui sont le siège de celles-ci. Preuve en est que la gestion domaniale est, depuis l'arrêt de principe *Société Eda*<sup>49</sup>, soumise en tant que telle aux obligations du droit de la concurrence. Par ailleurs, ces obligations sont largement relayées par le droit communautaire qui indirectement génère des mutations dans le droit domaniaux<sup>50</sup>. Ainsi, traiter de l'ensemble des propriétés publiques c'est se placer selon un prisme où, potentiellement, la plupart des activités de l'Administration ont un volet « commercial ». L'optique de « valorisation » des propriétés publiques abonde une nouvelle fois en ce sens. Cette notion doit être entendue au sens large, tant en terme d'exigence de rentabilité des patrimoines publics qu'au sens de recherche d'une « meilleure satisfaction d'un intérêt général »<sup>51</sup>. Aussi, proposer la mise en place d'un critère fonctionnel dans cette optique, c'est en réalité dépasser le critère strict de « l'activité économique » en s'attachant à l'ensemble des missions de l'Administration.

D'autre part, puisque l'insaisissabilité est une prérogative exorbitante rattachée à la personnalité publique, le sujet est l'occasion d'une réflexion plus large sur le périmètre de protection des propriétés publiques et sur leur optique de valorisation que le privilège d'insaisissabilité ne favorise guère. De même, et ce bien que l'insaisissabilité soit une cause « mineure » des mutations internes au secteur public (privatisation, changement de statut... influençant sur le degré de protection des biens publics), la « dépublicisation »<sup>52</sup> notée par certains auteurs est intrinsèquement liée à l'ensemble des mécanismes exorbitants de protection des biens publics. Comme nous le constaterons alors, les effets sur le droit public sont pour le moins paradoxaux : si la protection des biens publics est parfois abandonnée par la perte de la personnalité publique<sup>53</sup>, le privilège d'insaisissabilité réapparaît, conféré alors à

---

<sup>48</sup> Voir la définition de l'opérateur économique donnée par la CJCE, 23 avril 1991, Höfner et Elser (préc. note n°26).

<sup>49</sup> CE, 26 Mars 1999, Sté EDA, *RD*, 1999, p. 1245, note S. Manson.

<sup>50</sup> Gabriel Eckert, Yves Gautier, Robert Kovar, Dominique Ritleng [dir.], *Incidences du droit communautaire sur le droit public français*, Centre d'études internationales et européennes & Institut de recherches Carré de Malberg, Presses universitaires de Strasbourg, Coll. URS, 2007, 462 p. Voir notamment J-P de la Rica, « *Domanialité publique et droit communautaire : Peau de chagrin ou nouvelle mutation ?* », p. 373.

<sup>51</sup> Définition empruntée au Rapport de l'Institut de gestion déléguée, « *Valorisation des biens publics* » Publication IGD dans le cadre de la publication des Actes du Colloques du 28 janvier 2004 sur la réforme du droit des propriétés publiques, *LPA* – n°147 – 23 juillet 2004, § 4 : « *De toute évidence, cette valorisation s'agissant de biens appropriés par une personne publique, n'est pas seulement la maximisation du profit qu'elle peut en retirer (...); si elle inclut, à des degrés divers, cette exigence de rentabilité, elle a aussi pour objectif la satisfaction ou la recherche d'une meilleure satisfaction d'un intérêt général. La valorisation d'un équipement public est sans doute la réalisation et l'entretien de celui-ci au moindre coût, son aliénation au meilleur prix lorsqu'il est devenu inutile, mais aussi l'adéquation constante de cet équipement à l'intérêt général qu'il doit servir. Bref, la valorisation des biens publics s'entend d'une valorisation au service de l'utilité publique.* ».

<sup>52</sup> Jean-Yves Chérot, « *Droit public économique* », Ed. Economica, 2<sup>ème</sup> ed., 2007. § 335-336.

<sup>53</sup> Voir en ce sens l'étude de M. Karpenschif, « *La privatisation des entreprises publiques : une pratique encouragée sous surveillance communautaire* », *RFDA*, Janvier Février 2002, p. 95 et ss.

certaines organismes de droit privé (récemment privatisé pour la plupart...) gérant des missions de service public, pour certains de leurs biens indispensables à la continuité de ces derniers.

Ainsi en est-il de la loi du 20 Avril 2005 relative aux aéroports <sup>54</sup> qui prévoit l'insaisissabilité de l'ensemble des biens gérés par « Aéroports de Paris » (ADP) « *indispensables à la continuité des services publics* », tels que les pistes aéroportuaires, dépôt de stockage de carburants, aire de stationnement (...). Témoignage peut être de la résurgence de la « quasi-propriété publique », ce néologisme rappelle celui de « quasi-domanialité publique » usité auparavant. Si la pomme de discorde autour des entreprises publiques est toujours autant le point de rupture du sujet, il n'en demeure donc pas moins que la réflexion emprunte un cadre plus large orienté vers le « secteur public ».

Ensuite, il convient de souligner que, contrairement aux critères avancés antérieurement (matériel et formel), l'optique de mise en place d'un critère fonctionnel tranche avec les précédentes propositions. Les critères matériels et formels succinctement exposés plus haut n'ont jamais eu que pour but de limiter le critère organique tout en relevant sa pertinence, puisqu'on s'attachait à l'activité gérée par *un organisme public* et à la présence ou non d'un comptable au sein *d'un organisme public*. Le critère de l'activité gérée et du mode de fonctionnement, tout comme celui tenant à la présence d'un comptable public, n'ont jamais répondu à l'objectif majeur qui est de s'attacher non plus seulement à la qualité de l'organe détenteur du bien, mais à la nature et la finalité même du bien dont l'organe dispose. Ceci une nouvelle fois, afin de répondre davantage à la nature même de l'insaisissabilité présupposant une certaine limitation, mais aussi afin de se ranger à une approche finaliste de l'activité administrative où les biens ont une fonction justifiant leur protection.

Enfin, un pan non moins important mais détachable des remarques antérieures, doit également être évoqué : les problématiques liées aux « voies d'exécution administratives » pour reprendre la terminologie introduite par M. Teissier<sup>55</sup>. En effet, il ne faut pas perdre de vue que l'insaisissabilité est une immunité d'exécution et qu'à ce titre elle présente des travers non négligeables quant à l'exécution, ou peut être devrait-on dire « l'inexécution », des décisions de justice par l'Administration. Que peut faire un particulier lorsqu'une personne publique refuse d'honorer sa dette et qu'il ne peut, le cas échéant, procéder aux voies

---

<sup>54</sup> Loi n° 2005-357 du 20 avril 2005, JO du 21 Avril 2005, p. 6969.

<sup>55</sup> Conclusions sous CE, 17 Juin 1904, Commission administrative de l'Hospice du saint-Esprit, S. 1906.3.119.

d'exécution forcées du droit commun ? Certes, une contrepartie à l'insaisissabilité existe, à savoir l'intervention de l'autorité de tutelle par inscription d'office des dettes exigibles ou des dettes résultant d'une condamnation judiciaire passée en force de chose jugée. Présentées comme « *le corollaire nécessaire de l'insaisissabilité* »<sup>56</sup>, on pourrait être tenté de conclure en citant M. Drago que ces voies d'exécution administratives lavent « *l'injustice apparente* »<sup>57</sup> d'une telle mesure de protection. Pourtant, il faut bien s'interroger avec le professeur Pacteau<sup>58</sup> : « *Encore « le marché » doit-il être équilibré. En 1950, c'était peu probable (...). Aujourd'hui ce n'est toujours pas certain* ».

Si la loi du 16 juillet 1980<sup>59</sup> a mis en place des procédés spécifiques visant à assurer l'exécution des décisions de justice par les administrations, l'efficacité de ces procédés reste à prouver même après les dernières lois relatives aux injonctions à l'égard des personnes publiques<sup>60</sup>.

C'est ainsi qu'un rapport du Conseil d'Etat de 1990 sur l'exécution des décisions des juridictions administratives<sup>61</sup> pointait déjà de graves dérèglements : Il relevait ainsi que dans 33 % des cas, l'Administration était condamnée au paiement de la majoration des intérêts pour retard dans l'exécution des décisions juridictionnelles. Plus grave encore, 45 % des sommes étaient en réalité versées au titre des intérêts dus, le Conseil d'Etat pointant un sérieux accroissement des charges publiques. Si en 1990, le Conseil d'Etat estimait à 5 % la part des jugements exécutés tardivement par l'Administration, il notait surtout une progression constante dans ce domaine<sup>62</sup>, notamment en matière de plein contentieux. Au-delà des causes identifiables (simple lenteur, mauvaise volonté manifeste, difficultés sérieuses d'exécution...), l'insaisissabilité des propriétés publiques fait partie des mécanismes pouvant expliquer ce phénomène manifestement désastreux pour l'image des juridictions

---

<sup>56</sup> Ibid.

<sup>57</sup> Roland Drago, Note sous l'arrêt Cass., Com, 9 juillet 1951, SNEP, S, 1952, I, p. 125 et ss.

<sup>58</sup> Préc. note n° 1.

<sup>59</sup> Loi n° 80-539 du 16 juillet 1980 relative aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public (JO 17 Juillet 1980, p. 1799-1800). Modifié à de nombreuses reprises (pour un résumé synthétique, voir GUINCHARD Serge & MOUSSA Tony, « *Droit et pratique des voies d'exécution* », Dalloz, Coll. Dalloz action, 5<sup>ème</sup> ed. 2006/2007, 2007, p. 1382), la Loi a été précisée par deux décrets : décret n° 81-501 du 12 mai 1981 (JO, 14 mai 1981, p. 1406) et décret n° 88-336 du 11 Avril 1988 (JO du 13 avril 1988, p. 4841-4842).

<sup>60</sup> La Loi dispose ainsi que, 4 mois suite à la notification du jugement, est prévue une procédure d'ordonnement de la somme due par l'Etat, pour les collectivités territoriales et les établissements publics une procédure d'ordonnement et de mandatement de la somme due. Celle-ci se traduisant ensuite par la saisine directe du comptable public pour l'Etat, et par le mandatement et l'inscription d'office de la dette exigible pour les collectivités territoriales et les établissements publics. En cas de manquement, il est également possible de saisir la Cour de discipline budgétaire et financière (CDBF).

<sup>61</sup> Rapport du Conseil d'Etat sur l'exécution des décisions des juridictions administratives, RFDA, Juillet-Août 1990, p 481 et ss.

<sup>62</sup> Le rapport notait ainsi qu'en 1986 on dénombrait 660 cas d'exécution tardive alors qu'un an après, en 1987, ce chiffre était passé à 976.

administratives, et sérieusement attentatoire à l'Etat de droit<sup>63</sup> et à la Convention européenne des droits de l'homme<sup>64</sup>.

Si bien entendu, il ne s'agit pas de remettre en cause l'insaisissabilité dans sa généralité, puisque celle-ci doit être conciliée avec d'autres nécessités comme celle de protection des biens publics, il n'en demeure pas moins que son étendu apparaît une nouvelle fois « manifestement excessive au regard » d'autres préoccupations d'intérêt général<sup>65</sup>. L'adjonction d'un critère fonctionnel, au-delà même du champ des biens insaisissables qui en résultera, possède ainsi l'intérêt de mettre fin à l'immunité totale dont jouissent les personnes publiques. En effet si l'insaisissabilité est tempérée par un critère fonctionnel, les personnes publiques ne jouissent plus d'une immunité envers les voies d'exécution du droit commun.

Dès lors, de cet « historique » riche notamment en controverses, il s'agira de faire le résumé tant il apparaîtra que les évolutions successives contribuent largement à expliquer et justifier l'éventuelle mise en place d'un critère fonctionnel. La permanence des allusions au critère fonctionnel se fera jour alors, tant celui-ci a été relayé très tôt par la jurisprudence<sup>66</sup> et par la doctrine. Ainsi, le professeur Waline<sup>67</sup> relevait par exemple dès les années 30 que les biens des EPIC sont « *insaisissables, comme affectés à un service public* ». Position qu'une frange actuelle de la doctrine a appelée clairement de ses vœux, formulant qui plus est une proposition textuelle en ce sens, selon des modalités pratiques qu'il conviendra en revanche de discuter. Non retenue par l'ordonnance du 21 avril 2006 qui maintient le critère organique, le législateur aurait cependant pu franchir le Rubicon en s'appuyant sur des exemples en droit comparé, voire en droit international ou droit privé<sup>68</sup>.

En effet, concernant le droit comparé, si nombre d'Etats européens (Espagne, Allemagne...) mais aussi plus lointains (Turquie<sup>69</sup> ou encore Algérie<sup>70</sup>) se sont rangés à l'acceptation exclusivement organique en conférant l'insaisissabilité à l'ensemble des biens

---

<sup>63</sup> Voir en ce sens, Pierre Delvolvé, préc. note n° 38.

<sup>64</sup> Voir notamment Stéphanie Clamens « *Vers la remise en cause du principe d'insaisissabilité des biens des personnes publiques* », *AJDA* 20 octobre 2000, p. 767. L'insaisissabilité serait notamment contraire à l'article 6 § 1 de la CEDH renvoyant aux droits à un procès équitable. Le retard dans l'exécution du jugement faisant partie intégrante de ces droits. Voir en ce sens, CEDH, 19 mars 1997, *Hornsby c/ Grèce*, aff. 107/1995, *JCP* 1997, n° 47, p. 507, note Frédéric Sudre et Olivier Dugrip.

<sup>65</sup> Pour reprendre la formule-type du contrôle de proportionnalité et de la théorie du bilan notamment initiée par l'arrêt de principe CE, 28 mai 1971, *Ville Nouvelle Est*, *Rec. Lebon* p. 409.

<sup>66</sup> Voir par exemple : Tribunal Civil de la Seine, 18 octobre 1933, *Hotel d'Albe*, D. 1934.II. p. 65, note Waline : « *Les voies d'exécution (...) ne peuvent être suivies à l'égard des établissements ; qu'il importe en effet que le fonctionnement de ces établissements, chargés d'assurer des services publics dans l'intérêt général, ne puisse être paralysé ou entravé pour satisfaire à des intérêts privés si respectables qu'ils soient* ».

<sup>67</sup> «Notes d'Arrêts de M. Waline», Volume I, *Dalloz* 2004, p. 394.

<sup>68</sup> Voir en ce sens la remarquable étude de F. Blanc sur ce point, p. 44-50 préc. note n° 47 ; Voir aussi Caroline Chamard, p. 155 et ss. (thèse préc. note n°7) et Philippe Yolka, point 11 (préc. note n° 5).

<sup>69</sup> Voir F. Blanc (préc. note n° 47), p. 44-50.

<sup>70</sup> *Ibid.*

des personnes publiques, d'autres Etats, notamment d'Europe du Sud (Italie, Grèce, Portugal), ont posé une limite fonctionnelle à celle-ci. C'est ainsi que, par exemple en Grèce, pays où le droit public a été en grande partie calqué sur le notre, le législateur est intervenu récemment en disposant que l'exécution forcée à l'encontre des personnes publiques « *s'effectue au moyen de la saisie de leur patrimoine privé* ». Seules sont exclues les saisies sur les biens et créances qui « *émanent d'un rapport juridique de droit public ou des biens affectés au service immédiat d'un but public spécial* »<sup>71</sup>. De fait, si l'on se référait à cette proposition, seuls les biens du domaine public échapperaient alors aux voies d'exécution tandis que les biens du domaine privé deviendraient saisissables. Il convient cependant de relativiser une telle portée, en précisant que l'approche fonctionnelle n'a pas nécessairement des effets aussi rigides : certains biens du domaine privé peuvent concourir à une mission de service public.

Ensuite, le droit international nous apparaîtra également comme un instrument précieux en la matière puisqu'il offre un précédent non négligeable concernant la notion d'affectation. A cet égard, s'il ressort des conventions internationales que les locaux diplomatiques<sup>72</sup> et les aéronefs ou navires affectés à des services publics non commerciaux<sup>73</sup> sont insaisissables, dès lors que les biens des démembrements de l'Etat sont affectés à une activité purement commerciale, l'immunité cède comme a pu en décider la Cour de cassation<sup>74</sup>.

Bien entendu, au regard de ces exemples, il serait trop aisé de conclure rapidement à la nécessité d'une approche purement fonctionnelle, en isolant de leurs contextes des systèmes juridiques éloignés du nôtre tout en préconisant leurs solutions. Mais, de manière générale, si l'on résumait la situation par un oxymore, il ressort de l'ensemble des éléments précédents que l'insaisissabilité devient une « protection menacée ». En effet, un « faisceau d'indices » semble se dégager des précédents développements, tendant à une remise en cause de la personnalité publique comme critère exclusif de rattachement à l'insaisissabilité. Que ce soit au niveau des contrariétés exposées, ou au regard des solutions existantes à l'extérieur, il apparaît que l'approche fonctionnelle résout de nombreuses problématiques et peut s'appuyer sur des illustrations étrangères ou internationales qui accréditent ce positionnement.

---

<sup>71</sup> Article 4 de la Loi n° 3068/2002, relative à la soumission de l'administration aux décisions juridictionnelles, à l'exécution contre l'Etat, les collectivités territoriales et les autres personnes morales de droit public (*JO grec* n° A. 274, 14 novembre 2002).

<sup>72</sup> Convention de Vienne du 18 avril 1961, article 22, confirmé par la jurisprudence interne par CA Paris, 26 septembre 2001, république du Cameroun, *D.2001.II.p.* 3017.

<sup>73</sup> Convention de Bruxelles du 10 avril 1926 ou convention de Chicago du 7 décembre 1944 pour les aéronefs et navires d'Etat étranger.

<sup>74</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> Civ., 14 mars 1984, Sté Eurodif ; *D.1984.II.* p 629, rapp. Fabre, note Robert.

Aussi après avoir retracé les différentes controverses jurisprudentielles des années d'après guerre et des années 80 puis la consécration du rattachement de l'insaisissabilité à un critère exclusivement organique, il conviendra d'en apprécier les effets de droit. Il apparaîtra alors qu'un tel critère possède des justifications de principe dépassables ainsi que des limites réelles quant à son efficience et sa cohérence juridique. La permanence des allusions au critère fonctionnel, matérialisée par l'abandon progressif de la gémellité entre personnalité publique et insaisissabilité, va en ce sens (**Titre I**).

Ensuite, après avoir étudié l'exemplarité du droit comparé et du droit international en la matière, il conviendra de formuler une proposition visant à la mise en place d'un critère fonctionnel, en précisant son champ matériel d'application. Nous constaterons alors que la mise en place d'un tel critère résout en lui-même de nombreuses contrariétés exposées précédemment. Surtout, il semble s'imbriquer parfaitement dans l'évolution générale de notre droit par son souci majeur de respecter les prescriptions communautaires et aller dans le sens d'une approche finaliste de l'action administrative (**Titre II**).

# **Titre I- Le rattachement exclusif de l'insaisissabilité à un critère organique : une consécration fragilisée.**

La remise en cause de l'insaisissabilité confine au leitmotiv tant il est vrai que la doctrine n'a eu de cesse de se déchirer sur ce sujet entre opposants et partisans du champ matériel antérieur ou actuel de l'insaisissabilité. Particulièrement vivaces durant les deux « vagues » de nationalisation, les controverses doctrinales accouchèrent de deux critères qui, adjoints au critère organique avaient pour objectif de limiter l'étendu du privilège d'insaisissabilité, notamment concernant les EPIC. « Révélé » par la Cour de cassation en 1987, le principe général du droit de l'insaisissabilité des propriétés publiques, fondé exclusivement sur un critère organique, n'en allait pas moins susciter de nombreuses réserves, avant que la solution prétorienne ne fut reprise législativement (**Chapitre 1**).

Il apparaît en effet que l'étendu très vaste d'une telle mesure de protection soit particulièrement désavantageuse pour les personnes publiques, notamment celles menant une activité commerciale. Posant la question de l'unité du droit, cette prérogative exorbitante du droit commun, par les effets rigides dont il en découle, nuit à l'optique de valorisation des propriétés publiques et ne satisfait guère au plan de l'exécution des décisions de justice par l'Administration. Qui plus est, au-delà de ses justifications traditionnelles à nuancer, il apparaît que le lien unissant personnalité publique et insaisissabilité soit de plus en plus distendu, laissant entrevoir une inflexion fonctionnelle du droit interne (**Chapitre 2**).

## **Chapitre 1 : La consécration de l'exclusivité du critère organique**

Si l'insaisissabilité des propriétés publiques n'est pas dénuée de fondements, ni même de bases textuelles la sous-tendant, elle a en revanche manqué de formalisation claire. Après de nombreuses controverses tirées d'approches dites « matérielles » et « formelles », la Cour de cassation a consacré le rattachement exclusivement organique de l'insaisissabilité en principe général du droit, avant que l'article 2311-1 du Code général de la propriété des personnes publiques n'officialise le caractère législatif de la notion (**Section 1**).

Il conviendra alors de mesurer le champ matériel du principe d'insaisissabilité qui, en raison du fondement organique, protège l'ensemble des biens des personnes publiques, lesquelles sont soumises aux voies d'exécution administratives prévues par la loi du 16 Juillet 1980. A contrario, les personnes privées sont soumises aux voies d'exécution de droit commun, leurs biens étant, par principe, saisissables. Si cette protection permanente et absolue est assortie de quelques exceptions ne remettant pas véritablement en cause le postulat, l'insaisissabilité entraîne de fait la prohibition de certaines règles comme la possibilité de grever les biens publics de sûretés réelles (**Section 2**).

## **Section 1 : La personnalité publique, fondement du principe d'insaisissabilité**

Il est intéressant de noter que les controverses jurisprudentielles visant à réduire le champ de l'insaisissabilité, relayées largement en doctrine, se sont produites lors de deux vagues successives correspondant à des phases actives de nationalisation et d'ingérence de l'Etat dans la sphère commerciale. La première se tint dans les années 1950, consécutives aux nationalisations d'après guerre la seconde, dans les années 1980, lors des nationalisations du premier septennat de François Mitterrand. Dans les deux cas ces approches, dites « formelle » dans les années 1950 et « matérielle » dans les années 1980, eurent pour dessein de nuancer l'insaisissabilité des propriétés publiques en adjoignant des critères limitatifs (1).

La Cour de Cassation mit fin à l'affrontement doctrinal par son arrêt de principe *BRGM* du 21 décembre 1987 consacrant le fondement exclusivement organique de l'insaisissabilité. Palliant l'absence de source textuelle directe, le principe général du droit dégagé en 1987 est désormais validé par le nouveau Code général de la propriété des personnes publiques qui a codifié le principe d'insaisissabilité (2)

### **1) Les controverses jurisprudentielles antérieures**

De manière symptomatique, la controverse s'est portée dans les deux cas sur la remise en cause de l'insaisissabilité dont jouissaient particulièrement les entreprises publiques sous la forme d'établissement public industriel et commercial (EPIC). Aussi, la remise en cause du critère organique ne fut que parcellaire et arque boutée sur ces établissements publics, le critère organique n'étant pas pour autant abandonné.

Bien que non exemptes de toutes critiques, ces controverses ont permis l'émergence de critères subsidiaires au critère organique, critères que l'on a coutume de diviser selon deux approches. D'une part, née dans les années 50, l'approche « matérielle », où la remise en cause de l'insaisissabilité s'est essentiellement fondée sur la nature de l'activité gérée par la personne publique (A). D'autre part, compatible et renforçant la première, l'approche dite « formelle » tirée de la présence ou non d'un comptable public au sein de ces structures et de la qualification de « deniers publics » (B).

### **A) L'approche matérielle : Le critère tiré de l'activité principale de la personne publique**

Essentiellement orientée vers la remise en cause de l'insaisissabilité conférée aux EPIC, structures à mi-chemin entre le droit public et le droit privé, cette approche développée dans les années 1950 puis reprise partiellement dans les années 1980, se fondait sur le degré de commercialité de l'activité gérée par la personne publique.

Révélaient un souci finaliste de l'action administrative, cette approche mettait en relief les distorsions de concurrence et l'iniquité propre au régime d'insaisissabilité pour ces structures. Largement soumises au droit privé, elles bénéficiaient paradoxalement de prérogatives de puissance publique « intolérables »<sup>75</sup>, telles que l'insaisissabilité de leurs biens. Internes à cette approche matérielle, les analyses voient poindre également l'amorce d'un critère fonctionnel : la gestion d'un service public est alors révélatrice du degré de commercialité de l'entité.

### **1- L'objet de la controverse : La soumission des entreprises publiques au droit privé**

Comme nous l'avons évoqué précédemment, les controverses doctrinales n'ont pas eu pour objet d'entretenir une critique du rattachement de l'insaisissabilité au critère organique dans le cadre d'une vision panoramique de la propriété publique. Furent notamment « laissées de côté » les propriétés de l'Etat ou des collectivités locales. Tout juste, cette controverse eut pour objet de proposer l'ajout de critères subsidiaires au critère organique en mêlant des approches matérielles, formelles voire fonctionnelles des structures et activités publiques, pour restreindre le champ de l'insaisissabilité. A l'instar des dernières études parues<sup>76</sup>, la

---

<sup>75</sup> Roger Perrot, « Rapport français » in « Travaux de l'association Henri Capitant » relatif à L'exécution des décisions de justice, T XXXVI, Economica 1987.

<sup>76</sup> François Blanc, préc. note n° 47.

remise en cause de l'insaisissabilité des propriétés publiques s'est essentiellement orientée sur celle conférée aux biens des EPIC.

Il apparaît logique dès lors que la « fronde » se soit particulièrement portée sur les entreprises publiques constituées sous la forme d'EPIC. S'il n'appartient pas à notre étude de traiter ce point, il convient néanmoins de signaler que le problème ne se posait pas concernant les entreprises publiques formées en société anonyme : bien que bénéficiant de certains « avantages concurrentiels »<sup>77</sup>, ces dernières sont des personnes privées dès lors soumises aux voies d'exécution traditionnelles et donc à la saisissabilité de leurs biens. Nécessairement, la critique allait se focaliser sur ce point puisque, dès lors que des entités exercent des activités similaires mais ne jouissent pas du même statut juridique (Entreprises publiques sous la forme de SA, personnes privées, et EPIC, personnes publiques) la protection des biens conférée à certaines par le biais de la personnalité juridique apparaissait illogique.

A double titre, cette controverse apparaissait inévitable.

- D'une part au niveau purement idéologique selon la vision entretenue du rôle de l'Etat, interventionniste, libéral ou régulateur. En effet, les controverses sont nées à partir du moment où l'administration a développé son activité économique, en s'immiscant davantage dans la sphère économique et concurrentielle. Ceci traduisait le passage de l'Etat Gendarme à l'Etat interventionniste, de « *L'Etat puissance publique* », à « *L'Etat-patron* »<sup>78</sup>.
- D'autre part au niveau de la cohérence juridique propre au droit applicable à ces structures hybrides, « *personnes publiques à l'extrême limite de l'administration proprement dite et ne [présentant plus] de différences substantielles avec l'organisme privé situé de l'autre côté de la frontière* ».<sup>79</sup>

Selon Bernard Pacteau<sup>80</sup>, c'est en réalité l'idée selon laquelle ce principe d'insaisissabilité devenait de « *moins en moins juste* » au regard de l'exigence de soumission des personnes publiques au droit (Etat de droit) et de « *moins en moins justifié* » à mesure que les personnes publiques s'investissaient dans des domaines relevant de la concurrence et du droit privé, au travers d'activités comparables à celles que des personnes privées géraient.

---

<sup>77</sup> Christophe Lemaire, « Les avantages concurrentiels des personnes publiques », *CJEG* n° 613, Octobre 2004, p. 404 et ss

<sup>78</sup> Louis Jacquignon, « *L'exécution forcée sur les biens des autorités et services publics* », *AJDA* 1958, I, p. 71.

<sup>79</sup> Prosper Weil, *Le droit administratif*, 15<sup>ème</sup> ed., PUF 1992, Coll. Que sais-je ?, n° 1152, p 33-34.

<sup>80</sup> Bernard Pacteau, Note sous l'arrêt Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 21 décembre 1987, BRGM c/ Lloyd Continental, *RFDA*, 1988, p 771.

A ce titre, les EPIC bénéficient en effet d'un statut hybride. Ils sont largement soumis aux lois commerciales et au droit privé, puisque dans leurs relations avec les usagers, les tiers ou leurs cocontractants les rapports sont de droit privé. De même, accréditant ce point, il en va ainsi la réserve de compétence accordée au juge judiciaire pour connaître de leur litiges. Mais, paradoxalement, des règles exorbitantes de droit public, visant à leur conférer une certaine protection, leur sont applicables, telles que la faculté de disposer d'un domaine public <sup>81</sup>, l'interdiction de recourir à l'arbitrage <sup>82</sup>, l'impossibilité d'être liquidé <sup>83</sup>, ou encore ce privilège d'insaisissabilité de leurs biens. Autant de règles dont s'accommodaient mal les lois commerciales et civiles.

Au-delà des apparences parfois trompeuses, sur lesquelles nous reviendrons, quant aux avantages conférés par ces prérogatives, de prime abord, il apparaissait que les EPIC bénéficiaient en réalité de tous les avantages de souplesse propres aux lois commerciales sans en supporter les inconvénients.

Si pour certains auteurs<sup>84</sup>, il était logique que ces structures, dont l'existence et le régime avaient été voulus comme tels par le législateur, aient précisément des avantages et des protections, il n'en demeurerait pas moins que la controverse allait immédiatement se porter sur ces dernières, au travers de la question centrale de l'activité gérée par les EPIC. L'insaisissabilité de leurs biens était alors fonction du degré de commercialité propre à l'activité gérée par l'EPIC.

## **2- Le critère tiré du degré de commercialité quant à l'activité et au fonctionnement de la personne publique**

Il apparaît logique que la controverse soit née dans les années d'après guerre, à l'heure des premières nationalisations et du projet, finalement avorté, de statut général des entreprises publiques datant du 31 décembre 1948 <sup>85</sup>. Il disposait en ce sens que « *l'entreprise publique est une personne morale dotée de l'autonomie financière et dont le capital est exclusivement constitué des apports, en espèce ou en nature, faits par l'Etat, en vue de leur affectation à une exploitation commerciale, industrielle ou agricole* ». Finalement non retenue, cette définition portait cependant en germe l'ensemble des contradictions (encore actuelle) et des

---

<sup>81</sup> CE, 21 Mars 1984, Mansuy ; *Rec. Cons. d'Et.* P. 616 ; *D.*1984.510, note F. Moderne.

<sup>82</sup> CE, 13 décembre 1957, Société nationale des ventes de surplus (SNVS), *Rec.* p. 678.

<sup>83</sup> Article L.632-1 du Code de commerce.

<sup>84</sup> Philippe Yolka, précité note n° 5.

<sup>85</sup> Loi portant statut général des entreprises publiques du 31 décembre 1948, *JO* du 31 décembre 1948.

incohérences propres aux « entreprises publiques » dont s'empara la doctrine<sup>86</sup>. Rivero notait ainsi à propos des entreprises nationalisées qu'elles étaient « *malgré leur qualification légale, aussi éloignée de l'établissement public classique, que les autres entreprises nationalisées le sont de la société anonyme ordinaire dont elles gardent le nom* »<sup>87</sup>. Dès lors, les prérogatives exorbitantes du droit commun attachées aux entités disposant de la personnalité publique, telle que l'insaisissabilité, ne pouvaient que donner lieu à un affrontement juridique entre les partisans de l'approche organique et ceux favorables à une approche plus casuistique tirée de l'activité gérée.

A la suite de nombreux arrêts des juges du fond en sens contraire concernant la Société nationale des entreprises de presse (SNEP)<sup>88</sup>, la Cour de Cassation<sup>89</sup>, dans un arrêt de la section commerciale du 9 juillet 1951, allait se pencher sur ce critère « matériel » tiré du degré de commercialité relatif à l'activité gérée et au mode de fonctionnement des personnes publiques. Ce critère tenait au fait que lorsqu'une personne publique assure la gestion d'une activité essentiellement commerciale par le biais d'une organisation et d'un mode de fonctionnement comparable à celui régissant les sociétés privées, celle-ci doit être soumise aux voies d'exécution de droit commun.

En l'espèce, il était d'une part question de savoir si la SNEP, régie par une loi de 1946, pouvait être considérée comme un établissement public, et d'autre part, en dépit de son éventuelle nature publique, si l'activité gérée par cette dernière ne révélait pas un degré de commercialité trop important. Ce degré de commercialité emportait dès lors la soumission au droit privé, et particulièrement aux voies d'exécution.

Alors que deux Cours d'appel (Paris et Alger) avaient retenu la qualité d'établissement public industriel et commercial et, par conséquent, l'insaisissabilité des biens de la SNEP, d'autres juridictions du fond (Cour d'appel de Lyon et Aix) avaient au contraire validé les saisies arrêts.

---

<sup>86</sup> Voir notamment : Georges Vedel « *Le régime des biens des entreprises nationalisées* », *CJEG*, 1956, p 177; Michel Virally, « *Remarques sur le projet de loi portant statut général des entreprises publiques* », *RA*, 1950, p. 355 ; Jean Dufau, « *Remarques sur la notion d'entreprise publique* », *AJDA*, 1956, p. 89 ; F. Luchaire., « *Le statut des entreprises publiques* », *Droit social*, 1947, p.253.

<sup>87</sup> Jean Rivero, « *Le régime juridique des entreprises nationalisées* », *JC Civ. Fasc. Ann. n° 535*.

<sup>88</sup> Dans le sens de la saisissabilité : T civil de Lyon du 14 Avril 1948 confirmé par CA Lyon, 13 Juillet 1948 (*JCP* 1950.II.5290, note G-E Lavau ; T. civil de Marseille du 27 mai 1948 confirmé par CA Aix, 3<sup>ème</sup> ch, 30 Novembre 1949, *JCP* 1950.II.5245 bis, note G-E Lavau. Dans le sens de l'insaisissabilité : T civil Marseille 4 mars 1947 et 3 juin 1947, T civil de la Seine des 30 décembre 1948 et 24 mai 1949, CA Alger du 8 Juin 1949, T civil de la Seine du 12 Juillet 1948 confirmé par CA Paris, 22 décembre 1948, *JCP*, 1949.II. 4279 Note Lavau, S. 1949.2.89, note Drago, *D*.1949.235 note Blavoët.

<sup>89</sup> Cass Com, 9 Juillet 1951, SNEP ; *D*, 1952, p. 141, note Blavoët ; *S*, 1952, I, p. 125 et ss, note Drago.

Si le premier arrêt n'avait pas remis en cause la qualité d'établissement public, il avait validé les saisies au motif que la SNEP, émanation de l'Etat, n'en était pas moins un organe distinct disposant de l'autonomie financière. Dès lors, puisque la SNEP disposait de fonds propres « *sans affectation spéciale* », ces derniers constituaient « *le gage du créancier* ». Par un arrêt largement motivé, la Cour d'appel d'Aix du 30 novembre 1949<sup>90</sup> avait quant à elle tenté de révéler le degré important de commercialité de la SNEP, et, par conséquent, sa soumission aux voies d'exécution privée. D'une part, l'arrêt relevait que la loi n'avait pas expressément investi la SNEP de la qualité d'établissement public mais au contraire révélé son intention par la terminologie de « société ». D'autre part, au prix d'une interprétation téléologique, elle avait estimé que le législateur, au travers du projet de statut des entreprises publiques en cours<sup>91</sup> avait entendu conférer l'insaisissabilité aux seuls biens des entreprises de catégorie A, celles gérant un service public. Sans par ailleurs déterminer clairement si la SNEP ne relevait pas des entreprises de type A, elle avait estimé que la SNEP ne pouvait s'en prévaloir<sup>92</sup>.

Ensuite, c'est au travers d'une étude plus poussée du degré de commercialité que la Cour fondait son choix : La Cour relevait qu'en dépit des prérogatives de puissance publique dont disposait la SNEP, son fonctionnement était largement régi par le droit privé (désignation du président, rapport avec les employés et les usagers, possibilité de recourir à l'arbitrage...alors même que cette prohibition est généralement présentée au titre de la personnalité publique). Mais surtout, citant les observations de M. Lavau<sup>93</sup>, les juges du fond mentionnaient le fait que la SNEP n'établissait pas de budget mais un simple état de prévisions ne permettant pas à l'autorité de tutelle d'y inscrire les dettes exigibles. La « contrepartie » de l'insaisissabilité étant inexistante, la Cour d'appel d'Aix concluait par le fait que « *le législateur entendait soustraire ces établissements aux méthodes et règles administratives mal adaptées à la vie commerciale et les faire vivre sous l'empire du Droit commercial* », qu'en conséquence « *ils sont soumis aux voies d'exécution* ».

Non exempts de toutes critiques concernant « *la phraséologie* »<sup>94</sup> employée et la place trop importante conférée à la terminologie, certains auteurs critiquaient en outre la vision

---

<sup>90</sup> CA Aix, 3<sup>ème</sup> ch, 30 novembre 1949, *JCP* 1950.II.5245 bis.

<sup>91</sup> Loi portant statut général des entreprises publiques du 31 décembre 1948, *JO* du 31 décembre 1948.

<sup>92</sup> Michel Virally, « *Remarques sur le projet de loi portant statut général des entreprises publiques* », *RA*, 1950, p. 355

<sup>93</sup> Note sous l'arrêt CA Paris, 22 décembre 1948, Sté d'exploitation et d'affermage de journaux et de publications c/ SNEP, *JCP* G, II, 1950, 4729 ; Note sous l'arrêt CA Aix en Provence, 30 novembre 1949, SNEP c/ Esposito, *JCP*, II, 5245 ; Note sous l'arrêt CA Lyon, 13 juillet 1948, SNEP c/ Arthus et autres, *JCP*, 1950, II, n°5290.

<sup>94</sup> G. Liet-Veaux, « *Organisation administrative et professionnelle du commerce* », *RTD commercial*, 1950, p 65 et ss.

selon laquelle un simple état de prévision empêchait à l'autorité de tutelle d'user de son pouvoir d'inscription d'office des dettes exigibles<sup>95</sup>.

Saisie de ces deux derniers arrêts, la Cour de cassation, dans un arrêt du 9 juillet 1951<sup>96</sup>, mit fin (en partie) à la controverse en réaffirmant le caractère insaisissable des biens de la SNEP. Fondant sa décision sur l'article 13 des lois des 16 et 24 août 1790, et l'article 1<sup>er</sup> du décret impérial du 31 mai 1862<sup>97</sup> reconnaissant un caractère insaisissable « *aux deniers des établissements publics* », la Cour de cassation consacra le caractère d'établissement public de la SNEP par la méthode du faisceau d'indices. Ne visant aucun but lucratif, gérant un service public (ce qui traduit l'amorce d'un critère fonctionnel), la SNEP était en outre investie de prérogatives de puissance publique, notamment celui de « *recouvrer ses créances par voie d'états exécutoires* », et soumis au contrôle de la Cour des Comptes.

En d'autres termes, bien qu'EPIC, l'organisation, le fonctionnement et l'activité de la SNEP révélaient un caractère « administratif » supérieur au caractère commercial, qui entraînait sa non soumission aux voies d'exécution. La Cour, en acceptant de traiter ce critère, bien qu'elle n'ait pas en l'espèce admis le caractère commercial de la SNEP, légitimait en réalité la pertinence de ce dernier.

Dès lors, beaucoup d'auteurs insistèrent sur le caractère circonstancié de cet arrêt. Bien plus que la valeur de principe qu'on lui a souvent conférée, cet arrêt n'aurait aucunement remis en cause ce critère, dans la mesure où, en l'espèce, cet EPIC avait un caractère spécifiquement administratif légitimant son exclusion des voies d'exécution. Sous entendu directement par Charles Blavoët<sup>98</sup> dans ses observations, le Doyen Vedel<sup>99</sup> n'hésitera pas quant à lui à estimer que « *La SNEP constitue un cas distinct (...). Quant au principe selon lequel il n'existe pas de voies d'exécution à l'encontre des personnes publiques (...) il est inapplicable aux entreprises nationales, et, pour les mêmes raisons, car il se retournerait contre les intérêts de leur exploitation* ».

Quelques années après, une doctrine autorisée<sup>100</sup>, reprit l'idée de « *l'introuvable règle générale applicable aux entreprises publiques* » quant à la soumission aux voies d'exécution. L'auteur dégagait les deux optiques : « *Doit-on dire que les lois et usages du commerce s'appliquent toutes les fois que le législateur n'en a pas disposé autrement de façon*

---

<sup>95</sup> Voir notamment les observations G-E Lavau (préc. note n° 20). En sens contraire G. Liet-Veaux., « *Organisation administrative et professionnelle du commerce* », *RTD commercial*, 1950, p 65 et ss.

<sup>96</sup> Cass Com, 9 Juillet 1951, SNEP ; *D*, 1952, p. 141, note Blavoët ; *S*, 1952, I, p. 125 et ss, note Drago;

<sup>97</sup> Décret impérial du 31 Mai 1862, publié au Recueil Duvergier, p. 310.

<sup>98</sup> Cass Com, 9 Juillet 1951, SNEP ; *D*, 1952, p. 141, note Blavoët.

<sup>99</sup> Georges Vedel, « *Le régime des biens des entreprises nationalisées* », *CJEG*, 1956, p 177.

<sup>100</sup> Louis Jacquignon, préc. note n° 6.

*expresse ? Ou bien doit-on penser que le droit public s'impose toutes les fois qu'il n'en est pas différemment décidé ?* ». Relevant une nouvelle fois le caractère protéiforme des entreprises publiques, son analyse est manifestement emplie de bienveillance à l'égard du critère matériel usité en la matière, mais également fonctionnel tant la qualité de gestionnaire de service public influe selon lui sur la logique de non soumission aux voies d'exécution du droit commun. La nature profonde de l'entreprise ainsi que les impératifs de gestion impliquent que, lorsque le statut révèle que la gestion est soumise aux « règles de la pleine commercialité » et l'absence de service public, la saisissabilité s'impose. A la même époque, il est intéressant de noter que fut dégagé de l'arrêt du Conseil d'Etat, Syndicat national des ventes de surplus (EPIC lui aussi au fort caractère « administratif ») la règle selon laquelle les personnes publiques ne peuvent compromettre <sup>101</sup>.

Aussi, cette approche fut reprise trente ans plus tard, dans une affaire concernant GDF. La Cour d'appel de Paris<sup>102</sup>, estima que l'établissement public était un service commercial doté de l'autonomie financière, de l'indépendance technique et commerciale, mais aussi régi par les règles en usage dans les sociétés industrielles et commerciales. Dès lors, son régime manifestant un degré important de commercialité, GDF ne pouvait prétendre s'affranchir des voies d'exécution. La Cour relevait à titre incident que l'emploi des voies d'exécution était impossible lorsqu'elles seraient de nature à porter atteinte au fonctionnement régulier du service, ce dont GDF n'apportait pas la preuve. Le critère organique était alors relégué au second plan, dépassé par l'analyse matérielle de l'activité gérée et de l'organisation interne de la structure publique.

### **B) L'approche formelle : Le critère tiré de la présence ou non d'un comptable public**

Le deuxième « *assaut* »<sup>103</sup> ne se fit pas attendre et, plus que d'entrer en contradiction avec le précédent, il vint au contraire le renforcer. En effet, au delà des motivations tendancieuses des arrêts précédents, l'approche matérielle souffrait d'une souplesse et d'une imprécision préjudiciable. Le critère organique était certes mis à mal, mais au prix d'une casuistique peu satisfaisante. D'une part, la méthode du faisceau d'indices pour conclure au degré de commercialité n'apportait pas une rigidité nécessaire à l'analyse. D'autre part, après examen des finalités, ce critère aboutissait seulement à soumettre aux voies d'exécution certains EPIC (à fort degré de commercialité) et non leur ensemble. Enfin, si le caractère

---

<sup>101</sup> CE, 13 décembre 1957, Société nationale des vente de surplus (SNVS), *Rec.* p. 678.

<sup>102</sup> Jacques Prevault, Note sous l'arrêt CA Paris, 26 mai 1982, GDF c/ OMNIA, *JCP*, II, 1982, n° 19111.

<sup>103</sup> Caroline Chamard, « *La distinction des biens publics et des biens privés* », Thèse Lyon III 25 juin 2002, Dalloz, 2004.

essentiellement administratif révélait par essence la gestion d'un « vrai » service public, une telle approche conduisait à opposer systématiquement service public et activité commerciale. Or, le fait de gérer un service public n'a jamais été exclusif de la gestion d'une activité commerciale, un service public n'étant pas une activité par essence hors de la sphère commerciale.

Aussi, une nouvelle approche dite « formelle » prit le pas sur la précédente sans pour autant s'en dessaisir entièrement.

### **1- Le rattachement de l'insaisissabilité aux mécanismes comptables**

Cette approche formelle s'avérait le prolongement de la précédente puisqu'elle faisait écho notamment aux propos de la doctrine quant à l'absence de contrepartie à l'immunité. L'absence de tutelle « coercitive », par l'emploi de la procédure d'inscription d'office des dettes exigibles, ainsi que la non soumission aux règles de la comptabilité publique étaient pour certains auteurs<sup>104</sup> le véritable fondement justifiant la solution antérieure.

Dès lors, c'est sur ce point, c'est à dire la non soumission aux règles de la comptabilité publique et l'absence de comptable public, que la jurisprudence, relayée en partie par la doctrine<sup>105</sup>, va tenter de restreindre le champ de l'insaisissabilité. Celle-ci substitua à la première analyse une approche concentrée sur la notion de « deniers publics ».

Historiquement, la controverse des années 1980 allait débiter par une décision du TGI de Paris en date du 8 avril 1981<sup>106</sup>. Une saisie-arrêt avait été pratiquée entre les mains de GDF qui avait qualité de tiers saisie<sup>107</sup>. Or, par « excès d'orthodoxie »<sup>108</sup>, le Tribunal avait estimé que « *le patrimoine de GDF est insaisissable* » alors même que la possibilité de tiers saisie était admise depuis fort longtemps<sup>109</sup>. Saisie en appel, la Cour d'appel de Paris<sup>110</sup> avait validé les saisies pratiquées, mais semé le doute en estimant qu'il était « *sans objet d'entrer en*

---

<sup>104</sup> Voir notamment Louis Jacquignon, préc. note n° 6 ; G-E Lavau, préc. note n° 45.

<sup>105</sup> Voir en ce sens André de Laubadère, cité par M. Ducos Ader, *Traité de droit administratif*, Tome 1, p. 224 qui considérait que « *le droit positif semble opérer une distinction selon le degré de commercialité de l'établissement et notamment son régime comptable. En présence d'une comptabilité publique incluant la faculté d'obtenir de la personne morale de tutelle l'inscription d'office de la dépense au budget de l'établissement, l'absence des voies d'exécution serait opposable aux créanciers. Il en irait autrement dans le cas d'un établissement assimilable, du point de vue de ses conditions de fonctionnement et de ses règles comptables, à une entreprise du secteur commercial* ».

<sup>106</sup> Inédit.

<sup>107</sup> Désormais dénommée « saisie attribution » il s'agit d'une mesure par laquelle le créancier bloque entre les mains d'un tiers les sommes qui sont dues à son débiteur. On la désignait également autrefois par le terme « saisie-arrêt ».

<sup>108</sup> Paul Amselek, « *Les établissements publics sans comptable public et le principe de l'insaisissabilité des biens des personnes publiques* », *D*, I, 1986, 3236

<sup>109</sup> Par l'entremise de l'article 36 du décret du 29 décembre 1962 portant règlement générale sur la comptabilité publique. Certains auteurs, comme M. Amselek (ibid.), faisant même remonter un fondement textuel au décret du 18 août 1807 ainsi qu'aux articles 561, 569 et 580 de l'Ancien Code de procédure civile, prévoyant cette faculté.

*discussion sur l'insaisissabilité prétendue des deniers de GDF* ». Par ordonnance du 1<sup>er</sup> février 1984, le TGI de Paris <sup>111</sup> avait ensuite admis la possibilité des saisies de droit commun à l'encontre de GDF.

Cette première affaire allait être relayée à la même période par une affaire mettant aux prises la SNCF, nouvellement EPIC<sup>112</sup>, et le GARP, dans le cadre d'une saisie arrêt. Un premier jugement du TGI de Paris du 30 mars 1984<sup>113</sup> avait invité les parties à se conformer aux voies d'exécution administratives instituées par la loi du 16 juillet 1980<sup>114</sup>. Saisie en appel, La Cour d'appel de Paris du 11 juillet 1984<sup>115</sup> allait admettre la validité de telles saisies au prix d'une nouvelle analyse.

Synthétiquement, l'exposé de la Cour, peut être résumé ainsi : seuls les EPIC dotés d'un comptable public et soumis aux règles de la comptabilité publique voient leur biens entrer dans le champ du principe d'insaisissabilité. Cette analyse reposait sur une nouvelle acceptation de la notion de « deniers publics », notion limpide à l'initial, qui peu à peu, avait vu son sens dévoyé à mesure que le Conseil d'Etat et la Cour des comptes étendaient leur contrôle sur l'ensemble des fonds rattachables aux personnes publiques<sup>116</sup>.

Alors que le décret impérial du 31 mai 1862 définissait en son article 1<sup>er</sup> les deniers publics comme « *les deniers de l'Etat, des départements, communes et des établissements publics ou de bienfaisance* », l'article 11 du décret du 29 décembre 1962 <sup>117</sup> substituait à la notion de deniers publics celle de « *fonds et valeurs détenus par des organismes publics* ». L'article 11 poursuivait en disposant que : « *Les comptables publics sont seuls chargés (...) de la garde et de la conservation des fonds et valeurs appartenant ou confiés aux organismes publics* ».

Or, parallèlement, l'article 190 du même décret précisait que les organismes publics sont « *les collectivités locales, établissements publics ou entreprises publiques auxquels est affecté un comptable public* ». S'appuyant sur ce décret, la Cour d'appel de Paris allait alors en

---

<sup>110</sup> CA Paris, 26 mai 1982, *JCP*.1982.II. 19911, note J. Prévault.

<sup>111</sup> TGI Paris, 1<sup>ère</sup> ch., 1<sup>ère</sup> sect., 1<sup>er</sup> février 1984, *GDF c/ Sté Omnium d'investissement auxiliaire*, *JCP* 1984, II, n° 20294, Note Jacques Prevault.

<sup>112</sup> Article 18 de la Loi n°82-1153 du 30 décembre 1982 (*JO* 31 décembre 1982).

<sup>113</sup> Inédit.

<sup>114</sup> Loi n° 80-539 du 16 Juillet 1980 relative aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public (*JO* 17 juillet 1980, p. 1799-1800).

<sup>115</sup> Cour d'appel de Paris du 11 juillet 1984, *D* 1985, J, p. 174 et ss, note Denoix de Saint Marc ; René Ducos-Ader., « *Le principe de l'insaisissabilité, un principe autonome et général du droit applicable à tous les établissements publics industriels et commerciaux* », *Gaz. Pal* 14 Août 1986, *Doctr.*, p 474.; Paul Amselek, « *Les établissements publics sans comptable public et le principe de l'insaisissabilité des biens des personnes publiques* », *D*, I, 1986, 3236.

<sup>116</sup> Notamment les « deniers publics de fait », c'est-à-dire ceux utilisés par les gestionnaires de service public (cf note R. Ducos-Ader, préc. note n° 46).

déduire que l'absence de comptable public au sein des établissements publics entraînait de fait la possibilité de saisir les biens de ces entités. La qualité de deniers publics étant fonction de la présence d'un comptable public, dès lors qu'on en constatait l'absence, les deniers n'ayant plus cette qualité mais celle de fonds « privés », ils devenaient saisissables. Selon cette approche, il était en effet inconcevable de nier que la SNCF, tout comme d'autres établissements publics<sup>118</sup>, ne disposait pas de comptable public.

Tirant logique de ses conclusions antérieures, La Cour affirmait alors que : « *dès lors que les comptables publics sont seuls chargés des fonds et valeurs appartenant aux organismes publics, il s'ensuit que le législateur, lorsqu'il ne dote pas un établissement public d'un tel comptable, n'entend pas conférer aux fonds appartenant à cet établissement la qualité de fonds et valeurs publics équivalente à celle que recouvrait la notion ancienne de deniers publics [...]* » En conséquence, les fonds qui correspondaient aux créances dont la SNCF était titulaire en raison de son activité commerciale n'avaient pas le caractère de « *fonds et valeurs appartenant ou confiés aux organismes publics* ». Ils étaient donc par nature saisissables.

## **2- Critique doctrinale et dépassement de la controverse**

La doctrine majoritaire<sup>119</sup> s'est montrée hostile à ce critère tiré de l'absence de comptable public pour en déduire la soumission aux voies d'exécution du droit commun. Si la Cour d'appel de Paris reprenait en partie « l'héritage » matériel de la jurisprudence antérieure (l'arrêt fait référence à « *l'activité commerciale* » de la SNCF notamment), il faut reconnaître que son argumentation avait tout du « *paralogisme* »<sup>120</sup>. Comment en effet soutenir que les fonds et valeurs détenus par un établissement public n'étaient pas des deniers appartenant à un organisme public ? Partant de là, c'était admettre qu'un établissement public n'était plus un organisme public, alors que l'article 190 du même décret de 1962 les intégrait textuellement dans le champ des « organismes publics ».

---

<sup>117</sup> Décret du 29 décembre 1962 portant règlement général de la comptabilité publique, *JO* du 30 décembre 1962, p. 12828

<sup>118</sup> Comme le révélait un Rapport du Conseil d'état sur les établissements publics du 7 février 1985 relevant notamment l'absence de comptable chez EDF-GDF, la RATP, le Conseil de l'énergie atomique ou encore la SNCF. Mais également au sein d'EPA comme Charbonnage de France.

<sup>119</sup> Paul Amselek, « *Les établissements publics sans comptable public et le principe de l'insaisissabilité des biens des personnes publiques* », *Denoix de Saint Marc*, D, I, 1986, 3236 p. 174 ; René Ducos-Ader., « *Le principe l'insaisissabilité, un principe autonome et général du droit applicable à tous les établissements publics industriels et commerciaux* », *Gaz. Pal* 14 août 1986, *Doctr.*, p 474.

<sup>120</sup> Paul Amselek, préc. note n° 46.

Les critiques énoncées par la doctrine emportent l'adhésion. Tout d'abord, le décret de 1962 n'était aucunement le cadre textuel approprié pour tirer cet enseignement : ayant pour objet de définir les différentes fonctions d'un comptable public, il n'avait évidemment pour dessein de réglementer le statut des fonds et créances ni même pour objet de définir le champ des organismes publics<sup>121</sup>. Deuxièmement, les dispositions du décret de 1962 ont le caractère de dispositions générales de principe auxquelles des dispositions spéciales peuvent déroger, faculté admise par l'article 135 du même décret. On ajoutera dans ce cadre qu'une telle solution de principe aurait conduit à admettre la saisissabilité de certains établissements publics administratifs (EPA) comme Charbonnage de France ou encore les Chambres de commerce et d'industrie<sup>122</sup>.

Enfin, la Cour d'appel de Paris ne s'est pas rangée à ses propres constatations : admettons que la saisissabilité des « deniers publics » soient justifiées, mais alors comment en tirer la conclusion que l'ensemble de biens publics sont saisissables, précision importante en l'espèce puisqu'il s'agissait de saisies opérées sur des créances de la SNCF ? Les auteurs insistaient alors sur le problème de divisibilité du patrimoine d'une personne publique<sup>123</sup> : un examen poussé de la Cour d'appel de Paris aurait révélé qu'une grande partie du patrimoine d'EDF relevait du domaine public et, par conséquent, était à fortiori insaisissable.

La doctrine « minoritaire »<sup>124</sup> a probablement surévalué les incidences de la comptabilité publique quant au régime de protection des biens publics. La thèse selon laquelle la procédure d'inscription d'office est un procédé de comptabilité publique, ne résiste pas en soi à l'analyse rattachant celle-ci à un mécanisme de tutelle. En effet, l'article 911-1 du Code de justice administrative prévoit que les autorités de tutelle sont responsables, en cas de carence de la personne publique, du mandatement et de l'ordonnancement des dettes nées de condamnation judiciaire. Dès lors, l'absence de comptable public est en réalité sans incidence sur la procédure d'inscription d'office. Il s'agit uniquement que l'établissement public établisse un budget pour satisfaire à cette faculté, condition remplie en l'espèce par la SNCF,

---

<sup>121</sup> Voir notamment Paul Amssek (préc. note n° 46) : « *Il n'est pas possible d'extraire un fragment de ce texte et de lui prêter un sens qu'il n'a pas dans son contexte* ». Ducos-Ader (préc. note n° 46) à propos de l'article 11 du décret de 1962 : « (...) *disposition simplement d'ordre technique, elle n'énonce nullement une règle ayant valeur de principe* ».

<sup>122</sup> Reconnus comme établissement public dès 1885 : Cass.req. 28 octobre 1885, *D*, 1885, I, 397.

<sup>123</sup> Voir notamment R. Denoix de Saint Marc (préc. note n° 46).

<sup>124</sup> Yves Gaudemet, « *La saisie des biens des établissements publics : nouveaux développements de la question* », *Gaz. Pal.*, 15 décembre 1984, p. 565 ; Pierre Delvolvé, « *L'exercice des voies d'exécution du droit commun contre les entreprises publiques* », *RFDA*, Janvier-Février 1985, p. 85 et ss. Déjà dans les années 50, certains auteurs de plaider en ce sens : voir Louis Jacquignon (préc. note n°6), Francis Marle, « *À propos de quelques décisions de jurisprudence relatives à l'insaisissabilité des biens d'un établissement à caractère industriel et commercial* », *CDJ*, 1950, p. 558.

et ce, notons le, contrairement au cas de la S.N.E.P qui n'établissait qu'un simple « état prévisionnel ».

Néanmoins, et bien entendu nous y reviendrons plus largement, ces auteurs semblaient davantage se rallier à l'analyse globale de la Cour d'appel de Paris. Si le critère formel semblait avoir leur faveur, c'est également parce que l'analyse de la Cour était fortement influencée par les critères antérieurs tirés d'une part de l'activité essentiellement commerciale de la SNCF, d'autre part de la restriction portée par la Cour quant au champ de saisissabilité. Les saisies étaient admises « *dans la limite des biens qui, par leur nature ou leur importance, seraient de nature à compromettre le fonctionnement régulier et continu du service* ».

Une nouvelle fois, vient poindre l'amorce d'un critère fonctionnel au soutien des analyses matérielles et formelles. Si l'autonomie de cette approche ne fut guère reconnue, elle manifeste en tout cas sa permanence entre les deux vagues de contestation. Cependant, il fallait bien admettre que les analyses matérielles, faute de précision, et formelles, juridiquement peu fondées, ne pouvaient conférer un fondement de principe à l'insaisissabilité (partielle) des propriétés publiques. Davantage imbriquées l'une et l'autre qu'autonomes, elles relevaient plus du faisceau d'indices que de la rigueur juridique. Par leur caractère, elles témoignaient en tout cas d'une indécision propre au caractère « hybride » des EPIC, et non d'une étude généralisée sur la restriction du champ de l'insaisissabilité. Dans la nécessité de trancher, c'est ainsi que l'arrêt de principe BRGM de la Cour de cassation, mit fin, temporairement, à la controverse en fondant l'insaisissabilité des propriétés publiques sur un critère exclusif, tiré de la personnalité publique.

## **2) L'unification du droit : De la jurisprudence BRGM à l'article L 2311-1 du Code général de la propriété des personnes publiques**

Si le rattachement exclusivement organique de l'insaisissabilité n'est pas une solution « neuve », l'arrêt BRGM de la Cour de Cassation allait pallier l'absence de texte fondant directement l'insaisissabilité, en la consacrant comme principe général du droit (A). Si sa valeur dans la hiérarchie des normes a pu être discutée, le Code général de la propriété des personnes publiques confère désormais clairement un statut législatif au principe d'insaisissabilité (B).

## A) Le rattachement de l'insaisissabilité à un critère organique exclusif

Avant que l'arrêt BRGM ne consacre le rattachement de l'insaisissabilité à un critère exclusivement organique (2), les juridictions judiciaires mais aussi administratives avaient déjà admis une telle relation exclusive précédemment, dès le 19<sup>ème</sup> siècle (1).

### 1- Les précédents jurisprudentiels

Le rattachement exclusif de l'insaisissabilité des propriétés publiques n'a pas été le fait tardif de la Cour de cassation en 1987, puisque, bien auparavant, les tribunaux avaient eu l'occasion de retenir cette option. Déjà, au 19<sup>ème</sup> siècle, un jugement du Tribunal en date du 16 thermidor an X<sup>125</sup> avait invalidé des saisies arrêts pratiquées à l'encontre de la régie de l'enregistrement par un particulier, sur un fondement organique. Sous le visa de la loi des 16 et 24 août 1790 (l'article 13<sup>126</sup> défendant « *aux juges de s'immiscer dans les opérations des corps administratifs, ou de citer devant eux les administrateurs à raison de leur fonctions (...)* »), le Tribunal posait les premières pierres d'un fondement exclusivement organique. Sur le même fondement (auquel il faut ajouter des moyens tirés de la violation des articles 561 et 569 de l'Ancien code de procédure civile), les juridictions civiles avaient ensuite confirmé cette position, laquelle était à nouveau reprise au cours du 20<sup>ème</sup> siècle<sup>127</sup>.

A mesure que la personnalité publique prenait des formes diverses, l'insaisissabilité conférée aux propriétés de nouvelles entités, tels que les établissements publics, aurait pu évoluer vers une remise en cause de son fondement organique. C'est le célèbre arrêt du Tribunal des conflits, 9 décembre 1899, *Association syndicale du canal de Gignac*<sup>128</sup> qui, au-delà de sa valeur de principe quant aux critères d'identification et au régime des établissements publics, allait s'intéresser à la question. En effet, sur le plan strictement contentieux, la question avait trait à l'applicabilité des voies d'exécution du droit commun aux établissements publics.

---

<sup>125</sup> Tribunal 16 Thermidor an X, aff. Metz, S, 1791, p. 677.

<sup>126</sup> « *Les fonctions judiciaires demeurent et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leur fonctions* », Loi précitée note n° 10.

<sup>127</sup> Voir notamment Cass. Req., 15 février 1938, aff. Grenouiller, *Gaz. Pal.*, 1938, p. 642.

<sup>128</sup> TC, 9 décembre 1899, *Association syndicale du canal de Gignac*, S, 1900, III, p. 49, Note Hauriou.

Maurice Hauriou, au-delà de ses réflexions éclairantes sur la différenciation entre intérêt public et intérêt collectif<sup>129</sup>, en déterminait la portée substantielle : « *les associations présentent les caractères essentiels d'établissements publics vis-à-vis desquels ne peuvent être suivies les voies d'exécution instituées par le Code de procédure civile pour le recouvrement des créances sur des particuliers* ».

L'auteur ajoutait dans une formule qui a fait florès<sup>130</sup> : « *Un établissement privé marche librement, mais il court le risque d'être mis en liquidation par ses créanciers. S'il ne court plus ce risque, il devient un établissement public* ». Par ce jugement, le Tribunal des conflits affirmait donc l'exclusivité du caractère organique, puisque à l'instar des personnes publiques corporatives (Etat ou collectivités), les établissements publics jouissaient, de par leur personnalité, d'une protection identique.

Quant au Conseil d'Etat, il n'avait eu l'occasion de se déterminer sur la question qu'en formation consultative. Dès le 19<sup>ème</sup> siècle, par un avis du 12 août 1807<sup>131</sup>, le juge suprême précisait que « *pour obtenir une somme d'argent, le créancier d'une commune ne peut jamais s'adresser qu'à l'administration* »<sup>132</sup>. Plus tardivement, toujours en fonction consultative, le Conseil d'Etat<sup>133</sup> avait eu à se prononcer sur la question suivante : dans le silence des textes régissant les O.P.H.L.M et les O.P.A.C, est-ce que l'autorité de tutelle peut inscrire d'office dans leur budget les dettes exigibles (et éventuellement le cas échéant procéder à leur ordonnancement) ? A celle-ci, le Conseil d'Etat avait répondu que, dans le silence des textes régissant ces deux établissements, ces derniers étant des personnes morales de droit public, les voies d'exécution du droit commun ne sauraient leur être opposables<sup>134</sup>.

---

<sup>129</sup> « *Mais à ce compte, toutes les entreprises industrielles devraient être soustraites au droit commun de la déconfiture ou de la faillite, car il n'en est pas une dont la mise en liquidation ne porte un grave préjudice aux populations du voisinage et qui ne présente en réalité un intérêt collectif (...). Quelle est donc la différence entre ce qui est public et ce qui est collectif ? (...) les intérêts publics d'une collectivité sont d'ordre politique tandis que les intérêts purement collectifs sont d'ordre économique (...)* ». On notera que M. Hauriou avait déjà saisi toutes les difficultés futures que poseront alors le statut d'EPIC, finalement à mi-chemin entre l'intérêt public et l'intérêt collectif en raison du fort degré de commercialité de ces derniers... critère à l'origine de la première vague de controverse en matière d'insaisissabilité.

<sup>130</sup> Cité notamment par Caroline Chamard, (préc. note n° 7) et François Blanc (préc. note n° 47).

<sup>131</sup> Cité par Caroline Chamard, (préc. note n° 7 Avis inédit.).

<sup>132</sup> L'arrêt ajoutant comme justification que cette règle « *constamment suivie par le Conseil d'Etat est fondée sur ce que, d'une part, les communes ne peuvent faire aucune dépense sans y être autorisées par l'administration ; que, d'autre part, les communes n'ont que la disposition des fonds qui leur sont attribués par leur budget et qui tous ont une destination dont l'ordre ne peut être interverti* ».

<sup>133</sup> CE avis, 6 février 1979, n°323971.

<sup>134</sup> On se contentera de souligner que la formulation employée par le Conseil d'Etat apportait du grain à moudre à la controverse des années 1980 tiré du critère formel : « *Si les OPAC sont des EPIC, ils sont soumis aux règles financières et comptables prévues par la première partie du décret du 29 décembre 1962 sur la comptabilité publique, leurs deniers sont des deniers publics et ils sont dotés d'un comptable public* ». Cette dernière précision, reprise par les juridictions du fond, pouvant laisser à penser que, en l'absence d'un comptable public, toute procédure d'inscription d'office était inopérante et que seule la présence d'un comptable public imprimait un caractère public aux deniers.

Ainsi, l'approche organique n'était pas inédite, d'autant plus qu'entre temps des textes législatifs avaient affirmé l'insaisissabilité des propriétés publiques. Mais, au sortir des deux controverses, l'état du droit étant plus qu'incertain, la Cour de Cassation se trouvait dans la nécessité soit de réaffirmer un fondement plus que centenaire, soit d'opérer un revirement jurisprudentiel d'importance. La première solution fut retenue.

## **2- L'indifférence quant à la nature juridique du bien et l'activité de la personne publique**

Le Bureau de recherches géologiques et minières (BRGM), EPIC, avait été assigné en réparation des désordres d'un ensemble dont il avait étudié les sols. N'ayant pas été payée, pour une somme à hauteur de 7,5 millions de francs, la compagnie d'assurances (Lloyd continental) subrogée aux droits du maître de l'ouvrage, avait alors saisi une première fois le TGI de Paris<sup>135</sup>. Validant la procédure de saisie arrêt à l'encontre du BRGM, la position fut confirmée en appel par la Cour d'appel de Paris<sup>136</sup>. Si nous nous permettons de revenir sur cet arrêt, c'est parce qu'il symbolise bien la synthèse des précédents développements. En effet, l'arrêt est révélateur des « courants » doctrinaux successifs qui s'affrontèrent durant cinquante ans, puisque la Cour s'appuyait tour à tour sur une analyse matérielle puis formelle.

D'une part, la Cour relevait que le BRGM exerçait en partie une activité commerciale. Aussi, le différend surgissant dans le cadre de rapports commerciaux, privés, sans usage de prérogatives de puissance publique, une divisibilité du patrimoine du BRGM pouvait être opérée entre les fonds tirés de l'activité administrative et ceux tirés de l'activité commerciale. Elle en tirait la conclusion que, lorsque le BRGM effectue une mission commerciale, ses fonds sont corrélativement saisissables. D'autre part, assez curieusement, bien que relevant que le BRGM possédait un comptable public, la Cour d'appel en tirait la conclusion que ce caractère ne suffisait pas à imprimer aux fonds détenus par le BRGM le caractère de « deniers publics ». Tout au contraire, elle relevait que le régime comptable de l'établissement était calqué sur celui de la comptabilité privée : les biens devaient alors être saisissables (alors que dans l'affaire SNCF, la même année, elle s'était livrée à l'analyse inverse).

Enfin, tentant probablement de s'absoudre par ce biais, la Cour relevait qu'il n'était certainement pas dans l'intention du législateur « *d'admettre qu'une décision de justice ayant*

---

<sup>135</sup> Inédit.

<sup>136</sup> CA Paris, 18 mars 1986, BRGM c/ Société Lloyd Continental, D. 1987.310. Note B. Nicod.

*force de chose jugée ne puisse recevoir exécution contrairement au but précisément visé et explicitement recherché par la loi du 16 juillet 1980* ». En d'autres termes, si le créancier a dans un premier temps usé des mécanismes de cette loi mais a buté sur « l'inertie » ou « l'indigence » de la personne publique, rien ne l'empêche alors, après avoir prouvé ce comportement fautif, de se reporter sur les voies d'exécution du droit commun. A l'instar du commentateur de l'arrêt<sup>137</sup>, il convenait de « *procéder à des clarifications impératives* ».

Ce fut chose faite par l'intermédiaire de l'arrêt de principe de la Cour de cassation du 21 décembre 1987, BRGM c/ Société Lloyd Continental<sup>138</sup>. Quelque peu laconique, la Cour, dans un attendu de principe, allait fonder le rattachement exclusif de l'insaisissabilité à un critère organique :

*« Attendu qu'il résulte du premier de ces textes<sup>139</sup> que les biens n'appartenant pas à des personnes privées sont administrés et aliénés dans les formes et suivant les règles qui leur sont particulières ; que, s'agissant des biens appartenant à des personnes publiques même exerçant une activité industrielle et commerciale, le principe de l'insaisissabilité de ces biens ne permet pas de recourir aux voies d'exécution de droit privé ; qu'il appartient seulement au créancier bénéficiaire d'une décision juridictionnelle passée en force de chose jugée et condamnant une personne publique au paiement, même à titre de provision, d'une somme d'argent de mettre en œuvre les règles particulières, issues de la loi du 16 juillet 1980. »*

Ne reprenant pas les motivations de la Cour d'appel point par point, la Cour de cassation livre avec force son interprétation, tout en indiquant aux créanciers des personnes publiques la méthode à suivre. La Cour réaffirme de manière solennelle que les propriétés publiques sont régies par un régime d'exception ; que celui-ci impose l'insaisissabilité de l'ensemble de celles-ci ; que, dès lors, les créanciers des personnes publiques ne peuvent user des voies d'exécution du droit commun mais doivent obligatoirement s'en remettre aux mécanismes de la loi du 16 juillet 1980. Enfin, précision de taille, cette dernière n'est pas alternative ou cumulative des voies d'exécution de droit commun, mais autonome.

Bien que parfois dubitative quant à la pérennité de cet arrêt, la doctrine accueille généralement avec bienveillance cette opportune clarification. Comme le notait notamment le professeur Pacteau, puisqu'ils avaient été voulus comme tels, les établissements publics en

---

<sup>137</sup> Benoît Nicod (D. 1987.310).

<sup>138</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 21 décembre 1987, BRGM c/ Société Lloyd Continental, *Bull. civ.*, I, p. 249, références précitées note n° 2.

<sup>139</sup> Article 537 alinéa 2 du Code civil.

tant que personnes publiques devaient jouir d'un statut organique protecteur semblable à celui des autres personnes publiques. De même, généralement, les auteurs se prononçaient pour un minimum d'unité du droit public, un « *noyau dur* »<sup>140</sup>, autour de la personnalité publique. Au demeurant, en dépit des nombreuses interrogations posées par les auteurs<sup>141</sup>, à la question de savoir s'il s'agissait d'un « *retour à l'orthodoxie juridique* » ou d'une « *régression jurisprudentielle* »<sup>142</sup>, les auteurs constataient au final que « *Le vieux dogme [était] toujours debout* »<sup>143</sup>.

## **B) La valeur juridique du principe d'insaisissabilité**

Incertaine, la valeur juridique du principe d'insaisissabilité allait être successivement précisée. D'abord, par la Cour de cassation qui, dans son arrêt de principe *BRGM*, lui conférait la valeur de principe général du droit (1). L'incertitude qui pouvait résulter de la valeur même d'un principe général du droit, fut levée définitivement par la loi du 9 juillet 1991<sup>144</sup>, puis par l'article 2311-1 du Code général de la propriété des personnes publiques, conférant une valeur législative au principe d'insaisissabilité des biens des personnes publiques (2).

### **1- Un principe général du droit**

A l'instar de l'avocat général Charbonnier<sup>145</sup> qui ne voyait pas l'intérêt de créer une brèche dans le principe d'insaisissabilité des propriétés publiques, il s'agissait en fait davantage de conférer au principe d'insaisissabilité une valeur importante dans la hiérarchie des normes, et une assise juridique forte.

« *Règle indiscutable de notre droit positif* » pour les uns<sup>146</sup>, « *pilier du droit public* »<sup>147</sup> pour les autres, le principe d'insaisissabilité du droit avait déjà reçu antérieurement

---

<sup>140</sup> Voir notamment L. Richer (préc. note n° 2) « *Il nous semble que si la notion de personne publique ne survit qu'à travers les notions matérielles, comme celle de service public, elle risque de perdre de sa cohérence. Il paraît donc nécessaire que subsiste un minimum de règles, noyau dur du droit public, qui soient uniquement attachées à la qualité de personne publique, l'insaisissabilité en est la plus importante avec l'interdiction de l'arbitrage et la possibilité de posséder un domaine public* »

<sup>141</sup> Voir en ce sens les notes de L. Richer et B. Pacteau notamment (préc. note n° 2). Egalement B. Nicod (préc. note n° 67) comme en témoigne cette réflexion : « (...) même si les efforts de la Cour d'appel de Paris furent louables en considération d'un principe essentiel qui veut qu'un débiteur quel qu'il soit paie ses dettes ».

<sup>142</sup> B. Pacteau (préc. note n° 1).

<sup>143</sup> Ibid.

<sup>144</sup> Loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 (*JO* 14 juillet 1991 modifiée par la Loi n° 92-644 du 13 juillet 1992 et son décret du 31 juillet 1992

<sup>145</sup> *RFDA*, 1988.771 Conclusions Charbonnier sous Cass. Civ, 1<sup>ère</sup>, 21 décembre 1987, *BRGM* c/ Société Lloyd Continental

<sup>146</sup> Ibid.

<sup>147</sup> *RFDA*, 1988.771, note B. Pacteau sous Cass. Civ, 1<sup>ère</sup>, 21 décembre 1987, *BRGM* c/ Société Lloyd Continental.

la qualification de « *principe absolu de droit* » par la même juridiction<sup>148</sup>. Le président Odent<sup>149</sup> l'avait quant à lui déjà présenté comme un « principe général du droit », cependant au titre de la continuité et de la régularité des services publics, ce qui éclaire une nouvelle fois notre problématique.

Le visa, rattaché jusqu'alors à la loi des 16 et 24 août 1790, règle fondamentale de notre droit quant à sa portée et son influence, imprégnait cette protection d'un caractère fondamental. Ici se situe la double innovation de l'arrêt BRGM : d'une part il consacre l'insaisissabilité des propriétés publiques en principe général du droit<sup>150</sup>, d'autre part, ses fondements textuels divergent des jurisprudences précédentes. Sont visés d'une part l'article 537 alinéa 2 du Code civil et, d'autre part, la loi du 16 Juillet 1980.

Sans céder totalement à l'idée de « *vaine quête du texte* » qui fonderait l'insaisissabilité soutenue par certains<sup>151</sup>, il est vrai que le débat avait plus d'importance sur le fond que sur la forme, l'absence de fondement textuel n'étant pas dirimante. En effet, à partir du moment où l'on se range à l'analyse du professeur Chapus<sup>152</sup> selon laquelle les principes généraux du droit ont une valeur supra décrétable mais infra législative, l'objet du débat perd de son intérêt. Il signifie alors que la remise en cause d'un principe général du droit ne peut être opérée que par une loi.

Ceci, en soi, possède peu d'importance dans la mesure où, si l'insaisissabilité avait à cet époque été consacrée par une loi, une loi en sens contraire aurait pu tout à fait y déroger sans porter atteinte au principe de juridicité. Il faut bien admettre que les auteurs ont souvent exagéré la valeur « réelle » d'un tel principe qui n'avait pour effet « que » de soumettre le pouvoir réglementaire. D'autant que, si certains auteurs<sup>153</sup> estiment qu'un principe général du droit peut avoir une valeur dans la hiérarchie des normes plus importante (bien qu'indéfinie) dès lors qu'il est usité par le Conseil constitutionnel, tel n'est pas le cas en l'espèce puisque ce dernier n'a jamais, à notre connaissance, consacré sa valeur constitutionnelle (et ce contrairement au principe de continuité des services publics que sera évoqué ultérieurement).

Toutefois, le changement de visa textuel n'est pas anodin et amène à réflexion car, si l'on suit le professeur Richer<sup>154</sup>, la Cour de cassation n'admet pas que la violation des principes généraux du droit puisse à elle seule donner ouverture à cassation si ces principes

---

<sup>148</sup> Civ., 5 mai 1885, Caratier-Terrasson, S. 1886.1.353.

<sup>149</sup> M. Odent, « *Cours de contentieux* », 1978, p. 1709 et suivants.

<sup>150</sup> « Vu le principe général du droit selon lequel les biens des personnes publiques sont insaisissables ».

<sup>151</sup> L. Richer (préc. note n° 2).

<sup>152</sup> René Chapus, « *Droit administratif* », 15<sup>ème</sup> ed., Montchrestien, 2001, § 139 à 148.

<sup>153</sup> Ibid. § 146 à 148 notamment.

<sup>154</sup> L. Richer, précité note n° 2.

n'ont pas reçu de consécration textuelle. Dès lors, un nouveau fondement textuel s'imposait. De plus, il apparaît souhaitable de se pencher plus avant sur l'un des rares principes généraux du droit dégagés par le juge judiciaire figurant au « *Panthéon* » des « *grands arrêts de la jurisprudence administrative* ». Comme le souligne le professeur Richer <sup>155</sup>, l'extrême généralité de la loi des 16 et 24 août 1790 permettait aux juridictions d'en tirer le sens souhaité, tout comme l'article 537 alinéa 2 qui, cependant, vise tous les biens des personnes publiques. Il en est de même de la loi du 16 juillet 1980, qui à *contrario*, et nous nous rangeons à cette interprétation, exclut de fait la possibilité de recourir aux voies d'exécution du droit commun. Sinon quel aurait été l'intérêt du législateur de la créer et de la baptiser ainsi <sup>156</sup> ?

Si l'on peut se ranger à l'analyse contestable selon laquelle « *c'est surtout de la nature des choses que résulte le principe* » <sup>157</sup>, il faut en tout cas tirer la conclusion selon laquelle la qualité de principe général du droit avait davantage une valeur symbolique que réelle. On peut néanmoins affirmer sans se tromper que l'emploi de cette qualification visait deux optiques :

- D'une part, à répondre à la Cour d'appel de Paris qui, dans son arrêt surabondamment motivé, avait mentionné comme principe général du droit le principe d'égalité (entre commerçant « public » et commerçant privé, entre justiciables...) pour justifier les saisies-arrêts pratiquées. La Cour de cassation prend soin par ce biais de lui répondre par un principe de même valeur. De même, en donnant un fondement « quasi législatif », la Cour de cassation renversait les analyses formelles tirées de l'absence de comptable public et au rattachement à la notion de deniers publics, fondées sur des bases décrétales.
- D'autre part, à ériger un principe général du droit qui pallierait l'absence de source explicite fondant le principe d'insaisissabilité. S'il est d'origine prétorienne, il n'en demeure pas moins que par cette dénomination il s'insère dans la hiérarchie des normes comme principe par essence « non mouvant ». S'il demeure non écrit, le fondement organique de l'insaisissabilité prend une certaine autonomie par rapport à l'esprit de « déduction » générale des textes, ou de jurisprudences, « *illustrations particulières d'un principe non écrit de portée générale* » <sup>158</sup>.

---

<sup>155</sup> L. Richer, précité note n° 2.

<sup>156</sup> Loi n° 80-539 du 16 juillet 1980 relative aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public (Nous soulignons).

<sup>157</sup> Ibid.

<sup>158</sup> Yves Claisse in « *Droit et pratique des voies d'exécution* » sous la direction de S. Guinchard et T.Moussa, Dalloz, Coll. Dalloz action, 5<sup>ème</sup> ed. 2006/2007, 2007, p. 1369.

## 2- Un principe de valeur législative

Quoi qu'il en soit, cette interrogation allait rapidement être dépassée. La loi du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution<sup>159</sup> allait entériner le caractère législatif conféré à l'insaisissabilité, en disposant dans son article 1<sup>er</sup> alinéa 3 que « *L'exécution forcée et les mesures conservatoires ne sont pas applicables aux personnes qui bénéficient d'une immunité d'exécution* ». Bien que les personnes en question ne soient pas mentionnées, nul doute qu'il s'agisse des personnes publiques dans leur ensemble conformément à la portée de principe de l'arrêt *BRGM*<sup>160</sup>.

La véritable consécration vint finalement récemment par l'entremise du Code général de la propriété des personnes publiques qui, dans un article 2311-1, dispose en ce sens que « *Les biens des personnes publiques mentionnées à l'article L.1 sont insaisissables* ». Ce même article L.1 renvoie à l'Etat, aux collectivités territoriales et aux établissements publics, sans opérer bien entendu de différenciation entre EPA et EPIC au sein de cette dernière catégorie.

Ce nouveau texte, qu'une partie de la doctrine n'appelait pas de ses vœux comme nous le constaterons, entérine donc l'insaisissabilité des propriétés publiques sur un fondement exclusivement organique. Mettant fin aux vagues de contestations de la doctrine depuis les années d'après guerre, il respecte la compétence législative appelée par l'article 34 de la Constitution puisqu'il ressort du domaine de la loi de déterminer « *les principes fondamentaux [...] du régime de la propriété* ».

Cependant, et ce sera l'objet de notre étude, le fondement n'est que législatif et se doit de respecter des principes de valeur supérieure tel que le principe de continuité et de régularité du fonctionnement des services public, à valeur constitutionnelle<sup>161</sup>. Après avoir longuement retracé l'évolution jurisprudentielle ayant conduit à ce rattachement exclusif au critère organique, il s'agit désormais de nous intéresser à ses effets, d'une part quant à son

---

<sup>159</sup> Loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 (*JO* 14 juillet 1991 modifiée par la Loi n° 92-644 du 13 juillet 1992 et son décret du 31 juillet 1992.

<sup>160</sup> Pierre Delvolvé cité par Yves Claisse (*Ibid.*), p. 1370 : « Il est évident que ce sont celles là même qu'avait désignées la jurisprudence antérieure, c'est-à-dire les personnes publiques ».

<sup>161</sup> Conseil constitutionnel, 25 juillet 1979, DC N° 79-105, Loi modifiant les dispositions de la Loi du 7 Août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail. *JO* 27 Juillet 1979 « (...) que, notamment en ce qui concerne les services publics, la reconnaissance du droit de grève ne saurait avoir pour effet de faire obstacle au pouvoir du législateur d'apporter à ce droit des limitations nécessaires en vue d'assurer la continuité du service public qui, tout comme le droit de grève, a le caractère d'un principe de valeur constitutionnel ».

champ matériel sur les personnes et les biens concernés, d'autre part quant aux mesures permises et prohibées qu'implique une telle mesure de protection.

## **Section 2 : La portée du principe d'insaisissabilité des propriétés publiques**

Comme le laisse à penser l'édiction quelque peu solennelle d'une telle règle de droit, les effets du principe d'insaisissabilité amènent à des constatations rigides, que l'on peut présenter schématiquement de manière positive ou négative.

L'insaisissabilité confère ainsi des prérogatives positives en terme de protection du patrimoine des personnes publiques, et corrélativement des obligations négatives : par exemple les personnes publiques sont soustraites aux voies d'exécution du droit commun mais en contrepartie doivent se soumettre aux mécanismes de la loi du 16 Juillet 1980<sup>162</sup>. Il en est de même à l'égard des personnes privées puisque logiquement, si l'insaisissabilité est conférée aux personnes publiques, elle ne l'est pas à l'égard des premières, quand bien même par exemple ces personnes privées gèreraient un service public. Au-delà de cette présentation sommaire, cette étude des bénéficiaires et des biens soumis au privilège d'insaisissabilité soulèvera certaines incohérences et des problématiques utiles à la suite de nos développements (1)

Sur un autre plan, celui des effets de l'insaisissabilité, tout autant de problématiques vont se dégager notamment dans le cadre de la valorisation des biens publics qu'une telle protection, trop largement admise, semble freiner. Il apparaîtra également que de nombreux types de saisies, régies par les voies d'exécution, semblent ou sont permises à l'égard des personnes publiques (2).

### **1) Le champ matériel du principe d'insaisissabilité**

Pour reprendre la division opérée par M.Claisse<sup>163</sup>, on pourrait résumer le champ matériel du principe d'insaisissabilité par deux raccourcis. D'une part « *Toutes les personnes publiques sont concernées... mais seulement les personnes publiques* » (A). D'autre part,

---

<sup>162</sup> Loi n° 80-539 du 16 juillet 1980, préc. note n° 59.

<sup>163</sup> Yves Claisse in « Droit« *Droit et pratique des voies d'exécution* », Serge Guinchard & Tony Moussa [dir.], Dalloz, Coll. Dalloz action, 5<sup>ème</sup> ed. 2006/2007, 2007.

« Tous les biens des personnes publiques sont concernés... mais seulement les biens des personnes publiques » (B)

### A) L'insaisissabilité concerne toutes les personnes publiques

Si l'on se place au niveau matériel quant aux bénéficiaires du principe d'insaisissabilité, il apparaît qu'une assimilation peut être relevée entre insaisissabilité et immunité, le rattachement exclusivement organique ayant pour effet de « personnaliser » une notion par essence patrimoniale (1). A contrario, les biens des personnes privées sont par principe saisissables (2).

### 1- L'équivalence entre insaisissabilité et immunité

Comme nous le rappelions en introduction, un des paradoxes de la solution dégagée par l'arrêt BRGM, puis confirmée par le législateur, fut de tendre à une assimilation entre insaisissabilité et immunité. « *La conception du patrimoine serait d'ordre pécuniaire, et l'on toucherait, ici, à l'insaisissabilité, sa signification serait d'ordre personnel et l'on aborderait l'immunité. C'est le double aspect réel et personnel du patrimoine* » signifiait M. Nicod<sup>164</sup>. Or, en donnant un fondement exclusivement organique à l'insaisissabilité, le législateur en a fait une immunité, les auteurs s'accordant sur ce point sans par ailleurs la plupart du temps s'accorder sur la contrariété juridique, sémantique tout du moins. Certains auteurs vont même jusqu'à se demander si « *L'insaisissabilité n'est-elle pas une restriction au droit de saisir un bien qui est soumis à une affectation personnelle ?* »<sup>165</sup>.

« *Toute puissance divisée contre elle-même est conduite à sa perte* » résumait Yves Claisse<sup>166</sup>, ce principe quelque peu machiavélique ayant été traduit en des termes célèbres par Jean Rivero : il est inconcevable que le juge brandisse « *la hache de guerre contre l'autorité qui la porte à la ceinture* »<sup>167</sup>. Aussi, toutes les personnes publiques, sans distinction de leurs activités notamment, ne peuvent être soumises aux voies d'exécution du droit commun. L'article 2311-1 du CGPPP, qui fonde aujourd'hui l'insaisissabilité, renvoie à l'article L.1 (et non pas à l'article L.2), lequel dispose que les personnes concernées par ce privilège sont « *l'Etat, les collectivités territoriales et leurs établissements publics* ».

<sup>164</sup> Benoît Nicod, « *Immunités et insaisissabilités* », LPA, 6 janvier 1993, n° 3, p. 19

<sup>165</sup> Ibid.

<sup>166</sup> Ibid., p. 1371.

<sup>167</sup> Jean Rivero, « *Le Huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir* », D. 1962.IV. p. 37

Un simili de controverse a pu naître de « *la maladresse* »<sup>168</sup> volontaire ou non du législateur concernant les « autres personnes publiques », personnes publiques innommées ou *sui generis* qui ne sont pas citées par l'article L. 1 du Code général de la propriété des personnes publiques<sup>169</sup>. L'article L. 2 se contente de disposer que « *Le code s'applique également aux biens et aux droits, à caractère mobilier ou immobilier, appartenant aux autres personnes publiques dans les conditions fixées par les règles qui les régissent* ». Il ne mentionne donc pas expressément la règle de l'insaisissabilité, mais au contraire renvoie aux dispositions spécifiques à chaque personne publique. La question se pose alors : Doit-on les intégrer dans le champ des bénéficiaires du privilège d'insaisissabilité ?

Entraînant la doctrine dans une forme de perplexité, plusieurs interprétations ont été avancées : maintien du principe général du droit, suppression implicite, suppression pure et simple (?)<sup>170</sup>. Par commodité peut être, on peut se ranger à l'analyse visant à dépasser ce « *flottement* »<sup>171</sup> du législateur, en estimant que la solution érigée par l'arrêt BRGM s'applique à l'ensemble des personnes publiques. Le Rapport au président de la République, relatif à l'ordonnance instituant le CG3P, atteste que le titre Ier de l'ordonnance « *comporte notamment la codification de la jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'insaisissabilité* »<sup>172</sup>. Il y aurait, en ce sens ; simple oubli mais volonté réelle de confirmer le principe général du droit à l'ensemble des personnes publiques.

En sens inverse, il apparaît qu'un seul élément puisse faire douter d'une telle solution : l'ordonnance du 21 avril 2006 a expressément reconnu l'insaisissabilité de la Banque de France<sup>173</sup>. On pourrait être tenté alors d'affirmer que les autres personnes publiques n'en bénéficient pas<sup>174</sup>. Quoiqu'il en soit, on peut raisonnablement se ranger à la première acceptation tant il apparaît que contester cette approche serait remettre en cause le fondement organique de l'insaisissabilité sur un détail guère signifiant.

---

<sup>168</sup> Philippe Yolka, « *Naissance d'un code, la réforme du droit de propriétés publiques* », *JCP A*, 29 mai 2006, p. 687

<sup>169</sup> Tel que la banque de France, l'Institut de France, ou encore certaines Autorités administratives indépendantes comme l'AMF (Article L 621-1 et suivants du Code monétaire et financier) ou la Haute Autorité de santé (Article L 161-37 du Code de la sécurité sociale).

<sup>170</sup> Pour un exposé poussé des arguments en présence, nous renvoyons à Christian Gentili, « *Immunités en droit interne* », *J.Cl Voies d'exécution*, Fasc. 495, 30 septembre 2006, points 28 à 41.

<sup>171</sup> Philippe Yolka, préc. note n° 167.

<sup>172</sup> Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance instituant le Code général de la propriété des personnes publiques, *JO* 22 Avril 2006, p. 6016, *JCP A*, 2006, act. 452, p. 689.

<sup>173</sup> Article 3, IV de l'Ordonnance du 21 avril 2006, précitée note n° 3.

<sup>174</sup> Voir en ce sens Christian Gentili (préc. note n° 42), point 34: « *Si l'immunité de toutes les personnes publiques demeurerait le principe, on ne voit pas pourquoi l'ordonnance aurait traité différemment des situations identiques : soit elle n'aurait dû affirmer l'insaisissabilité pour aucune, soit elle aurait dû le faire pour toute (donc pas seulement pour la Banque de France)* ».

Ainsi, l'insaisissabilité concerne-t-elle toutes les personnes publiques, reprenant ainsi les solutions érigées par la jurisprudence jusqu'alors <sup>175</sup> ... mais uniquement les personnes publiques.

## **2- La saisissabilité des biens des personnes privées**

En raison de l'acceptation organique de l'insaisissabilité, il ressort, *a contrario*, que les biens des personnes privées sont au contraire saisissables, l'insaisissabilité de certains biens (que nous aborderons plus loin) n'étant que l'exception confirmant la règle. Ainsi en est-il bien entendu de l'ensemble des personnes privées, sous le régime de la loi du 9 juillet 1991<sup>176</sup>. Il convient à cet égard de rappeler les « entités » dont la personnalité privée est parfois méconnue : les sociétés d'économie mixtes (SEM)<sup>177</sup>, les ordres professionnels<sup>178</sup> ainsi que les associations régies par la loi de 1901, même si elles exercent une activité de service public<sup>179</sup>, sont des personnes de droit privé soumises aux voies d'exécution du droit commun.

L'indifférence à la nature de l'activité se retrouve ici puisque les personnes privées gestionnaires de service public sont passibles des voies d'exécution du droit commun, comme par exemple une SEM<sup>180</sup>. Si certains auteurs<sup>181</sup> avaient estimé que dans les SEM « où la puissance publique a une prédominance importante ou dans celles qu'elle protège efficacement en lui apportant en quelque sorte sa garantie », les voies d'exécution sont inopérantes, les tribunaux n'ont pas repris cette analyse. La jurisprudence s'est contentée de déduire de la nature privée de la SEM la soumission aux voies d'exécution du droit commun. Le fait que la SEM exerce une mission de service public, mais également le fait qu'elle travaille directement pour le compte d'une collectivité, est inopérant. On peut encore citer le cas d'une caisse régionale d'assurance vieillesse dont les biens ont été considérés comme saisissables<sup>182</sup>.

Ainsi, les gestionnaires de service public, prenant les formes multiples de délégués, concessionnaires voire de preneurs, ne bénéficient pas du privilège d'insaisissabilité par leur seule qualité. Une telle solution aurait pu être envisageable si l'on songe que ces personnes

---

<sup>175</sup> Voir pour les références jurisprudentielles, note n° 11 à 14.

<sup>176</sup> Loi n° 91-650 du 9 juillet 1991, JO 14 Juillet 1991.

<sup>177</sup> CA Versailles, 2 juin 1986, Ricard c/ SEMAVA, D. 1987.p. 86, Note J. Prevault.

<sup>178</sup> TC, 13 février 1984, Cordier, Rec. CE, p. 447.

<sup>179</sup> TGI Bobigny, 8<sup>ème</sup> ch., 21 septembre 1993, AFPA c/ Société financière Haussmann, Gaz. Pal, 1994, somm. 84.

<sup>180</sup> CA Versailles, 2 juin 1986, Ricard c/ SEMAVA, D. 1987.p. 86, Note J. Prevault.

<sup>181</sup> J. Jagand, « Le régime juridique des sociétés d'économie mixte », p. 175, cité par J. Prévault (Ibid.).

<sup>182</sup> Cass., 2<sup>ème</sup> civ. 15 Novembre 1995, Cusset c/ CRAVAM, DA, Août-Septembre 1996, p. 1, note H. Moysan.

privées gestionnaires de services publics sont forcément liées à une personne publique, voire en sont « le prolongement », puisqu'en effet il ne saurait y avoir de service public sans présence indirecte d'une personne publique<sup>183</sup>. Pour autant, nous verrons plus tard que si la protection de leur bien ne peut être accordée au titre de leur qualité et de la mission qu'ils remplissent, une insaisissabilité « indirecte » pourrait leur être conférée en fonction des biens dont ils ont la garde, sur le fondement du principe constitutionnel de continuité des services publics.

Pour finir, il est important de noter que les entreprises publiques constituées sous la forme de sociétés anonymes (SA) ne possèdent pas le privilège d'insaisissabilité. A ce titre, les privatisations entraînent, par la perte de la personnalité publique, une soumission automatique aux voies d'exécution du droit commun. Ainsi entre un EPIC et une SA, entités gérant parfois des activités similaires à « fort degré de commercialité », le premier verra ses biens insaisissables tandis que le second sera soumis aux voies d'exécution traditionnelles. Nous abonderons alors dans le sens de M. Nicod : « *Il est certain que lorsqu'une activité identique est exercée de la même manière par une personne privée et une personne publique, on relève, avec regret que l'une pourra faire l'objet de voies d'exécution et que l'autre y échappera* »<sup>184</sup>.

Enfin, si l'immunité est afférente à l'ensemble des biens des personnes publiques, il est intéressant de constater que les personnes publiques étrangères ne peuvent, afin d'échapper aux saisies ou à tout autre mesure d'exécution forcée se prévaloir des règles spécifiques relatives aux collectivités françaises<sup>185</sup>. Les personnes publiques étrangères sont donc *à priori* assimilées à des personnes privées, même si les démembrements des Etats étrangers pourront toujours faire valoir qu'un bien est insaisissable en raison de son affectation spécifique.

### **B) L'insaisissabilité concerne tous les biens des personnes publiques**

Absolu quant à son champ matériel, le principe d'insaisissabilité des biens des personnes publiques ne prête pas à la nuance. Aussi deux conséquences majeures peuvent être relevées. D'une part, tous les biens des personnes publiques étant concernés, le critère

---

<sup>183</sup> Voir par exemple René Chapus, *Droit administratif général*, Tome 1, 15<sup>ème</sup> ed., Montchrestien, 2001, § 749 à 752

<sup>184</sup> Benoît Nicod, note sous CA Paris, 18 mars 1986, 19<sup>ème</sup> ch., BRGM C/ SA Lloyd Continental et autres ; D. 1987.II. p. 310.

<sup>185</sup> Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 7 décembre 1977, Caisse d'assurance vieillesse des non salariés, *Rev. Crit. DIP*, 1978, p. 532, note Bourel.

fonctionnel, l'affectation du bien, est indifférent pour caractériser le champ du principe d'insaisissabilité (1). D'autre part, conséquence logique de cette affirmation, la notion de patrimoine d'affectation est exclue, le patrimoine des personnes publiques étant unitaire et indissociable (2).

### **1- L'indifférence quant la nature et l'affectation particulière d'un bien.**

Dans ce cadre, la distinction opérée en introduction entre les mesures de protection afférentes à la propriété publique et celles relatives à la domanialité publique, prend toute son importance. En effet, l'insaisissabilité, originellement rattachée à l'inaliénabilité, ne fait que s'ajouter désormais à la précédente. Comme le souligne le professeur Yolka<sup>186</sup>, il serait de prime abord tentant de penser que seuls les biens du domaine public sont insaisissables<sup>187</sup>. A ce titre, le Code civil répute insaisissables les choses hors du commerce (*res extra commercium*), comme pourrait l'être le domaine public. Or, l'insaisissabilité est une prérogative exorbitante dont bénéficient tous les biens des personnes publiques : il n'y a pas lieu d'opérer une distinction entre les biens du domaine public, et ceux du domaine privé, indifférence qui peut ressortir de cet arrêt de la Cour de cassation de 1965 : « *Attendu que les deniers publics sont insaisissables (...) que les deniers d'une commune sont publics, sans distinction d'origine et sans départ entre domaine public et domaine privé* »<sup>188</sup>.

On peut tirer la conclusion selon laquelle l'insaisissabilité est par conséquent indifférente à l'affectation particulière dont jouissent certains biens. Les biens du domaine public, affectés à l'usage du public ou à un service public, sont tout aussi insaisissables que ceux du domaine privé pourtant non affectés. Cette précision revêt une importance considérable pour les établissements publics industriels commerciaux comme La Poste dont les biens ont été déclassés par l'article 22 la loi du 11 décembre 2001<sup>189</sup>, importance moindre désormais pour EDF depuis la loi du 9 août 2004<sup>190</sup>.

---

<sup>186</sup> Philippe Yolka, préc. note n°5.

<sup>187</sup> Mme Chamard disait à ce propos qu'en raison de la règle d'inaliénabilité, les biens étaient insaisissables « *par tropisme* » ; Voir C. Chamard, précitée note n° 7.

<sup>188</sup> Cass., 2<sup>ème</sup> civ. 16 décembre 1965, Commune d'Azay le rideau, *Bull. civ. II*, n° 1038

<sup>189</sup> Article 22 de la Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 (MURCEF), JO du 12 décembre 2001, p. 19703 : « *Les biens immobiliers de la Poste relevant de son domaine public sont déclassés, ils peuvent être librement gérés et aliénés dans les conditions du droit commun* ». Cette disposition sema en partie le trouble au sein de la doctrine, dans la mesure où si les biens sont en effet aliénables, faisant partie du domaine privé, le fait qu'ils soient « gérés » dans les conditions du droit commun pouvait laisser à penser que ces biens étaient susceptibles d'être offerts en garanties. Or l'insaisissabilité ne permet pas de recourir aux sûretés réelles et garanties.

<sup>190</sup> Loi du 9 août 2004 n° 2004-803, JO 11 août 2004. Voir également la décision CE, 23 Octobre 1998, EDF, *AJDA*, 20 décembre 1998, p. 1017. Conclusions du commissaire du gouvernement Arrighi de Casanova.

Quant à la nature du bien, elle est sans importance puisque tous les biens sont insaisissables qu'ils soient corporels ou incorporels, mobiliers, immobiliers, monétaires ou non.

Pour d'autres biens, l'insaisissabilité revêt des difficultés d'appréhension étant donné qu'ils sont parfois fonction de la qualité variable de leur « détenteur » ou de leur « véritable » propriétaire. De nombreuses problématiques se posent notamment au regard des biens dont disposent les gestionnaires de service public ou encore les occupants du domaine public, soit qu'ils aient été mis à leur disposition par la collectivité publique, soit qu'ils aient été financés par crédit-bail, ou soit qu'ils les aient construits eux-mêmes.

Le premier point, à savoir les biens publics mis à la disposition du gestionnaire de service public, ne pose guère de problèmes : s'ils appartiennent à des personnes publiques, les biens sont par nature insaisissables, une nouvelle fois sans qu'il soit pertinent d'invoquer leur appartenance au domaine public ou privé.

La seconde hypothèse, celle où les biens ont été financés par crédit-bail, est plus délicate. Aux termes de la loi du 2 juillet 1966<sup>191</sup>, les ouvrages financés par crédit-bail appartiennent jusqu'au terme de la convention au crédit-bailleur. Un premier cas ne recèle pas de difficultés : si la personne publique est elle-même la crédit-bailleresse, le bien sera par application du critère organique insaisissable. Et ce alors même que le crédit a pu être ouvert au bénéfice d'une personne privée. Dans ce cas, à l'issue de la convention, l'ouvrage perdra son caractère insaisissable. En sens inverse, si le crédit-bailleur est une personne morale de droit privé et que la crédit-preneuse est une personne morale de droit public, le bien sera donc saisissable à tout instant.

Concernant la dernière hypothèse, c'est-à-dire les biens construits par un concessionnaire de service public, il convient de distinguer les biens de reprise des biens de retour. Si les premiers sont par nature insaisissables dans la mesure où ces biens sont dès l'origine la propriété de la personne publique concédante<sup>192</sup>, les seconds posent davantage de difficultés. Les biens de reprise sont ceux appartenant au concessionnaire jusqu'au terme de la concession et qui, le cas échéant, pourront être repris à cet instant par la personne publique concédante. Par application du critère organique, il apparaît que ces biens sont saisissables

---

<sup>191</sup> Loi n° 66-455 du 2 juillet 1966, *JO* du 3 juillet 1966.

<sup>192</sup> Jurisprudence constante sur ce point : Cass. Civ., 26 mai 1965, *Sté marseillaise de crédit c/ Ville de Toulon*, *CJEG*, 1966, 277.

dans la mesure où ils appartiennent à une personne privée<sup>193</sup>. Le recours à la « domanialité virtuelle » aurait pu être avancé en l'espèce : on reconnaît par ce biais la disposition de ce bien au profit de la collectivité publique jusqu'à ce qu'elle exerce sa faculté de reprise. Cette solution évoquée par certains auteurs<sup>194</sup> doit aujourd'hui être abandonnée, le Code général de la propriété des personnes publiques ayant mis fin à toute controverse sur ce point<sup>195</sup>.

Quant aux biens corporels construits par une personne privée, occupante du domaine public, sur ce domaine, il convient de ne pas accorder d'importance sur ce point aux théories de la domanialité par accessoire. En effet une idée répandue voudrait que la personne publique soit propriétaire directement des biens construits sur son domaine par un occupant privatif, alors même que l'occupant aurait été autorisé pour la durée de son titre à édifier un ouvrage (sous réserve bien entendu que l'ouvrage respecte la destination dudit domaine<sup>196</sup>). Or, la jurisprudence en la matière est claire<sup>197</sup> : l'occupant, s'il ne dispose pas de la plénitude des droits sur son bien, n'en est pas moins le propriétaire pour la durée de son titre. En conséquence, ces biens peuvent faire l'objet d'une procédure civile d'exécution. La loi du 25 juillet 1994<sup>198</sup> relative à la constitution de droits réels sur le domaine public a ainsi offert la possibilité pour les occupants du domaine public de recourir à l'hypothèque en garantie du financement nécessaire à la réalisation des ouvrages sur ledit domaine.

Une précision de grande importance doit être apportée à propos des deux dernières hypothèses. Nombreux sont les auteurs à poser une limite fonctionnelle dans les cas où la saisissabilité serait admise, au titre des biens de reprise mais aussi des ouvrages construits sur le domaine public par l'occupant privatif. C'est ainsi qu'à propos des biens de reprise, M. Claisse précise que « *même en l'absence de précédent jurisprudentiel en ce sens, il nous semble toutefois prudent de réserver l'atteinte au fonctionnement régulier et continu du service public dont le concessionnaire – par hypothèse saisi- aurait la charge* »<sup>199</sup>.

---

<sup>193</sup> En ce sens, voir Yves Claisse (préc. note n°16), § 1612-34.

<sup>194</sup> Voir en ce sens Hervé Moysan, préc. note n° 182.

<sup>195</sup> Le code général de la propriété des personnes publiques met fin à la théorie de la domanialité virtuelle dans la mesure où l'aménagement indispensable, s'il n'est pas obligé d'être achevé, doit être en cours afin que le bien soit classé dans le domaine public. Dès lors, de fait, cette théorie ne peut subsister (Voir article L. 2111-1 CG3P).

<sup>196</sup> Sur l'exigence de conformité et de compatibilité, voir pour exemple CE, 23 Juin 1995, *Ministre de la défense c/ Association Défense Tuileries*.

<sup>197</sup> Notamment CE, 8 Janvier 1930, *Cie générale des eaux*, *Rec. CE*, p. 16 ; CE, 4 mars 1991, *Mme Palanque*, *D.* 1992. Somm. P. 87, note P. Bon.

<sup>198</sup> Loi n° 94-531 du 25 juillet 1994 relative à la constitution de droits réels sur le domaine public, *JO* 26 juillet 1994, p. 10749.

<sup>199</sup> Yves Claisse, préc. note n° 16, § 1612-34. On peut se référer en l'espèce à la décision de principe du conseil constitutionnel, 25 juillet 1979, DC N° 79-105, Loi modifiant les dispositions de la Loi du 7 Août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail. *JO* du 27 Juillet 1979.

Une remarque similaire est également opérée concernant les ouvrages construits par les occupants privés du domaine public. En effet, le Conseil constitutionnel, à propos de la loi du 25 juillet 1994, a estimé que « *Les mesures conservatoires ou d'exécution forcée (...) non plus que toute mesure de réalisation de sûreté (entreprise à l'encontre d'un occupant privé du domaine public) ne sauraient avoir pour effet d'interrompre le fonctionnement régulier du service public...* »<sup>200</sup>. L'auteur précise que cette solution, applicable en l'espèce au seul domaine de l'Etat, peut être valablement transposée également au domaine public des collectivités locales et des établissements publics<sup>201</sup>. En d'autres termes, l'occupant du domaine public, dès lors qu'il assure une mission de service public, ne peut se voir saisir les biens dont la privation pourrait générer une interruption irrégulière du service public géré. La même réserve est formulée à l'égard des biens financés par crédit-bail au profit de la personne publique. En admettant que la personne publique, la crédit-preneuse, ait eue recours au crédit-bail pour financer des biens nécessaires à la poursuite d'une mission de service public, une protection rattachée à l'exigence constitutionnelle de continuité des services publics pourra être opposable aux procédures civiles d'exécution<sup>202</sup>.

Prenant appui sur la hiérarchie des normes, il ressort de ces précisions que la saisissabilité des biens peut être remise en cause en fonction de la nature du bien, et non plus seulement en fonction de la qualité de l'organe. Dès lors que le bien est absolument nécessaire à la continuité et au fonctionnement régulier des services publics, principe à valeur constitutionnelle<sup>203</sup>, il semble que le principe (législatif) d'insaisissabilité, soit relégué au second plan. Or si le principe constitutionnel de continuité des services publics peut être opposable à l'égard des procédures civiles d'exécution, n'est-ce pas dire que l'insaisissabilité, fondée sur un critère organique, peut être dépassée par un principe de valeur supérieure au contenu « fonctionnel » ? De là à imaginer l'autonomie réelle d'un critère fonctionnel, il n'y a qu'un pas... que nous ne franchirons pas encore.

## **2- L'indissociabilité du patrimoine**

En consacrant une insaisissabilité absolue et permanente à l'égard des personnes publiques, le critère organique « *ne porte pas, par nature, à la nuance* »<sup>204</sup>. L'indifférence

---

<sup>200</sup> Conseil constitutionnel, 21 Juillet 1994, Loi relative à la constitution de droits réels sur le domaine public, DC N°94-346, *Rec. Cons. const.*, p. 96.

<sup>201</sup> Yves Claisse, préc. note n° 16, § 1612-36.

<sup>202</sup> Ibid. § 1612-37.

<sup>203</sup> Voir note n° 189.

<sup>204</sup> Hervé Moysan, Note sous l'arrêt Cass, 15 novembre 1995, Cusset c/ CRAVAM, DA, Août-Septembre 1996, p. 1 et ss.

que le droit interne porte à la nature de l'activité ou du bien emporte conséquemment l'indifférence portée à la notion de « patrimoine d'affectation ». Cette notion, que l'on trouve en droit comparé notamment par les terminologies de « patrimoine but » ou « trust », consiste à dissocier le patrimoine d'une personne physique ou morale en fonction de l'affectation propre de certains biens. Dans cette optique, les biens sont grevés d'une affectation permanente et sont insaisissables par le créancier, le patrimoine étant dissociés entre les biens spécifiquement affectés et les autres

Or, le droit interne a une conception beaucoup plus absolue du patrimoine, conception qui ressort de l'article 2092 disposant que l'on s'engage de ses dettes envers l'ensemble de son patrimoine, et non une fraction. L'article 2092 ne réserve par ailleurs aucune faculté de dissociation du patrimoine. La jurisprudence de la Cour de cassation est apparemment constante sur ce point<sup>205</sup>. Ainsi, par exemple, les taxes collectées au profit de l'Etat par un employeur sont saisissables<sup>206</sup>.

La reconnaissance de l'insaisissabilité des biens des personnes privées affectés au service public serait de nature à porter atteinte au principe d'unité du patrimoine, principe selon lequel on ne peut isoler certains biens ou patrimoines, en raison de leur affectation, « *en une masse indépendante et autonome* »<sup>207</sup>. On pourrait cependant relever que l'insaisissabilité, en présupposant une certaine limitation, imposerait théoriquement que l'on passe implicitement à la notion de patrimoine d'affectation.

Or, le fondement organique de l'insaisissabilité empêche naturellement que l'on opère une quelconque dissociation des biens composant le patrimoine des personnes publiques. Cet argument a d'ailleurs été avancé par les personnes publiques aux moyens de leur pourvoi : « *La deuxième branche critique l'affirmation de la Cour selon laquelle les fonds et valeurs résultant des activités privées du BRGM ne seraient pas des deniers publics en soutenant que tous les biens dont dispose une personne morale constituent son patrimoine et ont une même nature juridique, quelle que soit leur provenance et que tout le patrimoine d'une personne publique a un caractère public (...)* »<sup>208</sup>. Ainsi n'y a-t-il pas lieu de distinguer selon que le BRGM possède des fonds tirés de son activité commerciale et des fonds tirés de son activité « administrative » : le patrimoine est unique et indissociable.

---

<sup>205</sup> Cass. Com., 22 juin 1993, Bull. civ. IV, n° 264.

<sup>206</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ, 15 février 1983, RTD civ. 1983 p. 601 n° 11 obs. Perrot.

<sup>207</sup> Hervé Moysan, Note sous l'arrêt Cass, 15 novembre 1995, Cusset c/ CRAVAM, DA, Août-Septembre 1996, p. 1 et ss.

<sup>208</sup> Pierre Sargos, préc. note n° 2.

M. Ducos-Ader<sup>209</sup>, dans l'affaire mettant au prise la SNCF et le GARP, critiquait ainsi l'argumentation de la Cour en estimant que « *ce sont tous les biens et non pas seulement certains d'entre eux qui lui (la SNCF) sont indispensables pour assurer constamment les missions de service public dont elle a été investie* ». Cette argumentation semble quelque peu rigide et poussive, tant il est vrai que la SNCF possède également un patrimoine qui n'a pas pour objet d'assurer directement une mission de service public. On pense notamment aux halls de gare dont l'aménagement est confié à deux filiales de la SNCF (A2C et PARVIS). On peut également penser aux biens nécessaires au transports de marchandises et de fret (dont la gestion est notamment assurée par le groupe Géodis, filiale de la SNCF), secteur dont la libéralisation est effective depuis le 1<sup>er</sup> avril 2006 et qui, de manière très partielle, relève d'un service public.

On relèvera en outre plus tard que certains biens des personnes privées ont, par la loi du 9 juillet 1991<sup>210</sup>, été déclarés insaisissables ce qui semble consacrer le fait qu'on est responsable de ses dettes sur l'ensemble de son patrimoine...amputé de quelques biens. De même, la loi du 11 février 1994<sup>211</sup> a créé une significative exception au principe d'unité du patrimoine puisque l'article 22 alinéa 1 permet à l'entrepreneur individuel d'exiger que ses créanciers saisissent d'abord ses biens professionnels puis, si ceux-ci ne suffisent pas à les désintéresser, ses biens personnels. La loi met donc en place un « droit de préférence », de nature à protéger un débiteur contre ses créanciers en accordant une protection concomitante aux biens affectés à une mission où une activité spécifique.

## **2) Les effets du principe d'insaisissabilité**

L'insaisissabilité a pour effet de prohiber certaines mesures dont la plus significative est l'exclusion des voies d'exécution du droit commun à l'encontre des personnes publiques, et leur soumission à des voies d'exécution administratives. Tout d'abord, il apparaît que l'exécution des décisions de justice par les personnes publiques est partiellement déficiente. En outre, l'insaisissabilité ne permet pas de constituer des sûretés réelles sur les biens, ce qui est de nature à les désavantager au niveau des conditions de crédit (**B**).

Cependant, la prohibition des voies d'exécution n'est pas absolue. Il faut notamment réserver le cas où un bien appartient à une personne privée mais est détenu par une personne publique.

---

<sup>209</sup> René Ducos-Ader, précité note n° 46.

<sup>210</sup> Loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution, JO 14 juillet 1991.

<sup>211</sup> Loi n° 94-126 du 11 février 1994 relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle, JO 13 février 1994.

Cette hypothèse classique de tiers saisie est tout à fait licite au regard du principe d'insaisissabilité, tout comme il semblerait que certaines mesures conservatoires et saisies spécifiques n'entraient en rien ledit principe (A).

#### A) Mesures permises

En effet, le principe d'insaisissabilité n'a pas pour effet d'exclure toutes formes de voies d'exécution. Il faut réserver l'hypothèse où la personne publique n'est que tiers saisie et donc n'est pas la véritable débitrice de l'obligation (1). En outre dès lors que les voies d'exécution n'ont pas d'effets conservatoires ou de privation, plusieurs procédures semblent envisageables à l'encontre des personnes publiques (2).

#### 1- L'admission de la tiers saisie à l'encontre des personnes publiques

Si l'immunité est invocable, c'est en qualité de débiteur d'une obligation. Cette immunité ne saurait être alléguée par une personne publique tiers saisie, hypothèse dans laquelle un bien est détenu par une personne publique mais appartient à une personne privée. Par simple jeu mécanique du critère organique, puisque le bien appartient réellement à une personne privée, le bien est dès lors saisissable, la circonstance qu'il soit sous la garde d'une personne publique étant inopérante. C'est en réalité la traduction des articles 2092 et 2093 du Code civil selon lesquels le débiteur d'une obligation s'engage sur l'ensemble de son patrimoine. En conséquence, si on ne peut saisir un bien appartenant à une autre personne que son débiteur, on peut en revanche saisir une autre personne, soit que celle-ci détienne un bien appartenant au débiteur, soit que ladite personne doive une somme d'argent au débiteur de l'obligation principale.

Par simple application du critère organique, une première limite, logique, réside dans le fait que si le débiteur est une personne publique, la tiers-saisie n'est pas valide<sup>212</sup>. Une autre réserve tient au fait que des textes peuvent prévoir une dérogation à ce principe : ainsi en est-il de l'article L 627-1 du Nouveau Code de commerce, qui, après une longue controverse, interdit toute procédure d'exécution forcée à l'encontre de la Caisse des dépôts et des consignations pour les sommes qu'elle détient<sup>213</sup>.

---

<sup>212</sup> Ce fut notamment le cas dans l'affaire Cass. Req, 15 février 1938, Grenouiller, *DP* 1938, 1, 128, note G. Montarret : en l'espèce le Trésor public, tiers saisie, de sommes appartenant à une commune, personne publique. Invalidité.

<sup>213</sup> Pour une explication détaillée, nous renvoyons à Yves Claisse (préc. note n° 16), § 1612-35.

Au-delà de ces deux exceptions, la jurisprudence a toujours admis que l'immunité d'exécution ne bénéficie pas aux créanciers de la personne publique, que ce soit les juridictions du fond<sup>214</sup> ou bien le Conseil d'Etat en formation consultative<sup>215</sup>. Dans son avis du 30 janvier 1992, le Conseil d'Etat a donné un fondement à la validité des tiers saisie, par la règle, consacrée en principe général du droit par la Cour de cassation, « *selon laquelle tout créancier muni d'un titre exécutoire constatant à son profit une créance liquide et exigible peut, pour obtenir le paiement, saisir entre les mains d'un tiers les créances de son débiteur* ». A titre incident, on notera que cette formule a plongé une partie de la doctrine dans la perplexité<sup>216</sup>.

Il est à noter que tous les auteurs posent une nouvelle fois une limite tenant à la réserve de continuité du service public. Les personnes publiques pourraient se prévaloir devant le juge de l'atteinte éventuelle à la continuité et à la régularité du fonctionnement du service public géré, ainsi que de l'atteinte aux relations internationales de la France, résultant de la procédure de saisie. Cette limite ressortant directement de l'avis du Conseil d'Etat<sup>217</sup> : « (...) *La caisse reste cependant fondée à se prévaloir devant la juridiction de ce que – si tel est le cas- la validation de la saisie-arrêt serait (...) de nature à compromettre la régularité ou la continuité du service public dont elle est chargée, ou compromettrait les relations internationales de la France avec les Etats éventuellement concernés. Il va de soi qu'il appartient au créancier de la caisse, s'il s'y croit fondé, de faire valoir les immunités diplomatiques dont il pourrait bénéficier* ». La jurisprudence judiciaire avait quant à elle déjà eu l'occasion de se prononcer en ce sens en estimant que la saisie ne devait pas compromettre le fonctionnement régulier et continu du service public dont un établissement public a la charge<sup>218</sup>.

---

<sup>214</sup> CA Paris, 26 mai 1982, GDF c/ OMNIA, *JCP*, II, 1982, n° 19111, note Jacques Prévault ; TGI Paris, 1<sup>ère</sup> ch., 1<sup>ère</sup> sect., 1<sup>er</sup> février 1984, GDF c/ Sté Omnium d'investissement auxiliaire, *JCP* 1984, II, n° 20294, note Jacques Prévault.

<sup>215</sup> CE avis, n° 350.083, 30 janvier 1992, note Yves Claisse, in « *Les grands avis du Conseil d'Etat* », 2<sup>ème</sup> ed., 20.

<sup>216</sup> Voir en ce sens Christian Gentili (préc. note n° 42) : « *La condition d'exigibilité de la créance peut surprendre. En effet selon l'article 134 de la Loi du 9 Juillet 1991, la saisie peut avoir pour objet des créances non exigibles* », point 77. Deux justifications de cette jurisprudence ont été présentées (Voir en ce sens P. Yolka, préc. note n° 5). Une première consistant à relever que la phase conservatoire d'une saisie arrêt ne comporte pas en elle-même une possibilité d'exécution forcée. Une autre justification tiendrait au fait que la créance appartient au débiteur et, qu'en cas de tiers saisie, la mesure ne porte que sur la créance et non pas sur les fonds ou biens saisis. Il n'y aurait dès lors aucune atteinte au principe d'insaisissabilité des biens. Mais, en admettant que la mesure ne porte que sur une créance, encore faut-il convertir cette créance en fonds ou biens. Aussi, il semble bien qu'indirectement cette mesure porte atteinte, temporairement, au principe d'insaisissabilité.

<sup>217</sup> Préc. note n° 215.

<sup>218</sup> CA Paris, 15 avril 1986, *D.* 1986.IV. p. 348.

## 2- Les autres mesures envisageables

En marge de l'hypothèse de tiers saisie, il existe d'autres types de mesures auquel le principe d'insaisissabilité ne fait pas obstacle. Une distinction doit en effet être opérée entre les « vraies et fausses saisies »<sup>219</sup>, puisque certaines mesures en prennent la dénomination sans pour autant conduire à des effets conservatoires ou de privation. Ainsi, en matière de propriété artistique et intellectuelle, il semble que les saisies reproductions et les saisies contrefaçons<sup>220</sup> puissent être librement usitées. Si aucune juridiction ne s'est véritablement penchée sur la licéité d'une telle mesure à l'encontre des personnes publiques<sup>221</sup>, une réponse affirmative s'impose puisque ces saisies ont uniquement pour objet de se ménager un mode de preuve par la description des biens incriminés, et non d'en priver le détenteur qui les gardent entre ses mains.

Un autre auteur<sup>222</sup> réserve aussi la possibilité d'exécuter des saisies rémunérations, envisageables lorsque l'employeur est une personne publique, le décret du 31 Juillet 1993<sup>223</sup> admettant manifestement une telle faculté.

Enfin, il faut aussi réserver la possibilité licite de procéder à des cessions forcées sans saisie. Si la mesure est exclue dans le cadre d'une saisie, le procédé « *reste envisageable lorsqu'il en est indépendant* »<sup>224</sup>. C'est ainsi notamment qu'a été reconnue sans difficulté la possibilité d'exproprier les biens du domaine privé<sup>225</sup>. Des arrêts récents, dans l'affaire Société de gestion du Port de Campoloro<sup>226</sup>, semblent faire écho à cette solution. Dans cette affaire, il a été jugé que le préfet pouvait, en plus de mandater d'office la dépense résultant d'une condamnation judiciaire à l'encontre d'une commune, procéder à la vente des biens de cette dernière en cas d'impossibilité de recouvrer la dette par d'autres moyens. Cette

---

<sup>219</sup> Philippe Yolka, préc. note n° 5. Point 51.

<sup>220</sup> « Mesure probatoire spécifique aux divers domaines de la propriété industrielle. Elle permet au titulaire d'un droit de propriété intellectuelle de faire pratiquer par un officier public des investigations, comprenant, en général, la description de la contrefaçon alléguée, de ses circonstances et de son étendue ainsi que, dans certains cas, la saisie d'échantillons des articles argués de contrefaçon, voire de tous les articles ». Définition empruntée à Serge Guinchard & Tony Moussa, « Droit et pratiques des voies d'exécution », Dalloz, Coll. Dalloz action, 5<sup>ème</sup> ed. 2006/2007, 2007, § 1200.05.

<sup>221</sup> Un arrêt du Tribunal des conflits s'est uniquement posée la question de la compétence juridictionnelle en la matière : TC, 6 janvier 1975, Ofrateme c/ Jahan et autres, D. 1975, p. 702, note Plouvin.

<sup>222</sup> Christian Gentili, préc. note 42, Points 93-96.

<sup>223</sup> Décret n° 93-977 du 31 Juillet 1993, JO 12 Août 1993.

<sup>224</sup> Philippe Yolka, préc. note n° 5. Point 52.

<sup>225</sup> Ce fut tout d'abord le juge judiciaire qui refit cette faculté : Cass. Civ., 21 Juillet 1908, Préfet de la Lozère, DP. 1911.1. p. 265 ; puis le Conseil d'Etat par un arrêt de principe CE, 27 Novembre 1970, Bizière, D. 1972.II. p. 25 note Taugourdeau

<sup>226</sup> Voir notamment CE, 18 Novembre 2005, Société fermière de Campoloro et autres note Pierre Bon, RFDA, 2006, p 341 et ss ; DA, Février 2006, p. 33 note Guettier ; JCP G, 2006, p. 568 et s note Linotte. Voir également CEDH, 26 Septembre 2006, Sté de gestion du port de Campoloro et autre c/ France, D, 2007, p. 545 Note Hugon.

jurisprudence a également été l'occasion de rappeler que la responsabilité de l'Etat pour carence préfectorale ne pouvait être engagée que sur le fondement d'une faute lourde<sup>227</sup>.

## **B) Mesures prohibées**

Le principe d'insaisissabilité génère des conséquences directes déjà explicitées en son temps par l'arrêt de principe BRGM. C'est ainsi que l'exclusion des voies d'exécutions du droit commun a pour corollaire la soumission des personnes publiques à la loi du 16 juillet 1980 instaurant de véritables « voies d'exécution administratives » (1). Plus indirecte, mais logiquement déductible du principe d'insaisissabilité, celui-ci entraîne l'impossibilité de recourir à l'hypothèque ou à l'antichrèse, mesures qui seraient pourtant destinées à faciliter l'optique de valorisation des propriétés publiques (2).

### **1- Exclusion des voies d'exécution du droit commun... soumission aux voies d'exécution administratives**

Sous réserve des mesures licites exposées précédemment, le principe d'insaisissabilité implique plus généralement une immunité de principe : les personnes publiques ne peuvent être soumises aux voies d'exécution du droit commun, plus exactement aux procédures civiles d'exécution instituées par la loi du 9 juillet 1991<sup>228</sup>. L'article 1<sup>er</sup> alinéa 3 est explicite : « *L'exécution forcée et les mesures conservatoires ne sont pas applicables aux personnes qui bénéficient d'une immunité d'exécution* ».

Ainsi, le privilège d'insaisissabilité fait-il obstacle aux saisies attributions (Article 42), saisies vente (article 50), saisies conservatoires (article 74), saisies appréhension ou saisies revendications des meubles corporels (Articles 139 à 63 du décret du 31 juillet 1992), ainsi que bien entendu les saisies immobilières (Article 673 de l'ACPC), sans qu'il soit nécessaire d'en discuter davantage.

Cette exclusion des voies d'exécution du droit commun a pour corollaire nécessaire la soumission des personnes publiques à des voies d'exécution spécifiques : il est en effet indispensable que l'exécution ponctuelle des décisions de justice soit assurée par l'Administration. Composante du procès équitable garantie par l'article 6 § 1 de la

---

<sup>227</sup> Voir en ce sens l'arrêt de principe, CE, 6 octobre 2000, Ministre de l'intérieur c/ Commune de Saint Florent. Rec. p. 648

<sup>228</sup> Loi n° 91-650 du 9 juillet 1991, préc. note n° 176.

Convention européenne des droits de l'homme<sup>229</sup>, cette soumission à des voies d'exécution spécifiques est de fait une obligation inhérente à l'Etat de droit, notion par laquelle l'Etat et ses démembrements acceptent de se plier aux lois qu'ils ont eux-mêmes édictées.

Ainsi la « *citadelle administrative* »<sup>230</sup> n'est-elle plus imprenable par ce biais. Essentiellement régies par la loi du 16 juillet 1980<sup>231</sup>, modifiées à de nombreuses reprises<sup>232</sup>, nous nous contenterons d'indiquer les traits majeurs propres aux voies d'exécution administratives<sup>233</sup>, lesquelles ne peuvent être engagées notamment qu'à l'expiration d'un « délai raisonnable ». Nous nous intéresserons bien entendu essentiellement aux hypothèses où la personne publique est condamnée à une obligation de payer, et non celles où la personne publique est dans l'obligation de faire (ou de ne pas faire). Quant à l'efficacité de ces voies d'exécutions ouvertes à l'encontre des personnes publiques, nous en discuterons plus en avant, tant il est vrai que, parmi les causes incitant à revoir le privilège d'insaisissabilité, le problème de l'inexécution des décisions de justice tient toute sa place.

L'obligation d'exécuter les décisions de justice est une obligation de portée générale et absolue : « *la personne publique (...) condamnée doit absolument verser, par exemple, les sommes dont elle est déclarée débitrice (...). En l'absence même d'injonction, l'obligation d'exécuter s'impose* »<sup>234</sup>. Toutes les décisions de justice sans exception doivent être exécutées, et quand bien même les décisions de justice n'auraient pas « force exécutoire », elles ont néanmoins « force obligatoire » : « *Le devoir juridique de l'administration d'exécuter la chose jugée n'est pas moins certain que l'impossibilité de la contraindre à cette exécution par la force* »<sup>235</sup>.

Ainsi, la loi du 16 juillet 1980 met-elle en place des mécanismes spécifiques à l'encontre des personnes publiques afin qu'elles répondent à cet objectif. Si la loi fut modifiée à de nombreuses reprises, il convient néanmoins de s'attarder sur l'importance particulière des modifications résultant de la loi du 8 février 1995<sup>236</sup> qui a reconnu au juge chargé de juger

---

<sup>229</sup> Voir sur les contradictions avec l'article 6 § 1 CEDH les observations de Olivier Dugrip et Frédéric Sudre, Note sous l'arrêt CEDH, 19 mars 1997, *Hornsby c/ Grèce*, aff. 107/1995, *JCP* 1997, N° 47, p. 507. Voir également en ce sens Stéphanie Clamens « *Vers la remise en cause du principe d'insaisissabilité des biens des personnes publiques* », *AJDA* 20 octobre 2000, p. 767.

<sup>230</sup> Yves Claisse, préc. note n° 16, § 1613.30.

<sup>231</sup> Loi n° 80-539 du 16 juillet 1980 relative aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public (*JO* 17 Juillet 1980, p. 1799-1800).

<sup>232</sup> Nous renvoyons à Yves Claisse pour un exposé détaillé (préc. note n° 16), § 1613.22 et suivants.

<sup>233</sup> Pour un exposé plus détaillé, nous renvoyons à Yves Claisse, préc. note n° 16, l'intégralité de la partie 16 de l'ouvrage.

<sup>234</sup> René Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 12<sup>ème</sup> ed., Montchrestien, 2006, n° 1266.

<sup>235</sup> Yves Claisse, préc. note n° 16, § 1611-51.

<sup>236</sup> Loi n° 95-125 du 8 février 1995, *JO* 9 février 1995, p. 2175.

l'action au principal, le pouvoir de prononcer des injonctions à l'encontre des personnes publiques (modification de l'article 6-1 de la loi de 1980).

Dès lors que le jugement est « exécutoire », et non forcément passé en force de chose jugée<sup>237</sup>, les personnes publiques condamnées au paiement d'une somme d'argent doivent s'acquitter de cette obligation.

Il convient de distinguer les décisions de justice condamnant l'Etat de celles condamnant les collectivités territoriales et les établissements publics.

- Concernant l'Etat<sup>238</sup>, la somme due doit être ordonnancée dans un délai de 4 mois suite à la notification de la décision. Ce délai est allongé à 6 mois dans le cas de difficultés liées à l'insuffisance de crédits. En théorie, après l'ordonnancement, le comptable, qui s'est préalablement assuré de la régularité de l'opération et de la suffisance des crédits, procède alors au paiement. A défaut d'ordonnancement exécuté dans les délais, « *le comptable assignataire de la dépense doit, à la demande du créancier et sur présentation de la décision de justice, procéder au paiement* »<sup>239</sup>. Ce principe, attentatoire à celui de séparation des ordonnateurs et des comptables, permettant de faire face à l'indigence éventuelle de l'administration.
- Concernant les collectivités territoriales<sup>240</sup>, il appartient à l'autorité de tutelle, en cas de carence de l'ordonnateur, de procéder à l'inscription d'office au budget des collectivités locales les sommes correspondant à l'exécution des décisions de justice. Lorsque les crédits existent et sont disponibles le préfet peut procéder ensuite au mandatement d'office. En cas d'insuffisance des crédits, le préfet dispose d'un délai d'un mois pour mettre en demeure la collectivité de créer les ressources nécessaires. La collectivité dispose alors d'un mois pour se conformer à cette volonté. Si celle-ci reste sans effet, le préfet peut lui-même créer les ressources nécessaires soit en réduisant les dépenses, soit en augmentant les recettes, voire les deux possibilités en même temps.

Dans les cas exceptionnels (mais réels) où la collectivité est dans l'impossibilité de faire face à sa dette (collectivités en « cessation de paiement »), le préfet doit saisir la Chambre régionale des comptes (CRC) pour que celle-ci établisse un plan pluriannuel permettant de l'honorer à long terme, éventuellement à l'aide de subventions exceptionnelles de l'Etat<sup>241</sup>. En toute hypothèse, il appartiendra au comptable public de procéder au paiement.

---

<sup>237</sup> Pour une distinction, voir Yves Claisse, préc. note n°16, § 1651-00 à 1651-09.

<sup>238</sup> Article L 911-9-I du CJA.

<sup>239</sup> Ibid.

<sup>240</sup> Article L 911-9-II du CJA et article L 1612-17 du CGCT.

<sup>241</sup> Article L 2335-2 CGCT.

L'univers quelque peu kafkaïen de ces procédures doit être relativisé de par la marginalité des cas où l'ensemble de cette procédure doit être mise en œuvre. Néanmoins, même dans les cas où la procédure est approximativement respectée dans des délais moyens, on peut se rendre compte de la durée manifestement excessive des procédures d'exécution. Sans compter qu'il existe des situations de blocages, exceptionnelles certes, mais existantes. On ajoutera également que ce délai ne concerne que la « procédure d'exécution » en tant que telle et qu'aux délais précédemment évoqués il faut ajouter la durée de la phase contentieuse qui peu s'éterniser. D'autant plus que seul les jugements ayant force exécutoire peuvent donner lieu à des mesures d'exécution.

C'est dans cette perspective que l'insaisissabilité apparaît comme un privilège très « luxueux » au regard des atteintes excessives au droit dont bénéficie les justiciables de voir une décision de justice en leur faveur être exécutée, dans un délai raisonnable à fortiori.

Ajoutons pour être complet que la procédure à suivre en cas de condamnation d'un établissement public local est la même que celle relative aux collectivités territoriales. Pour les établissements publics nationaux, c'est également la même procédure, avec cependant une différence de taille à signaler : ce n'est pas vers le préfet mais vers l'autorité de tutelle que le créancier de ces établissements devra se tourner.

## **2- Exclusion de la constitution de sûretés réelles**

Le fait d'échapper aux voies d'exécution du droit commun a pour conséquence, par effet ricochet, d'empêcher les personnes publiques de constituer des sûretés réelles sur leur patrimoine, puisque la mise en œuvre des sûretés impose, le cas échéant, qu'on ait recours aux voies d'exécution. Ainsi en est-il par exemple de l'hypothèque dont la définition reprend les éléments précédents : « *sûreté immobilière, constituée sans la dépossession du débiteur (...) et en vertu de laquelle le créancier a la faculté de vendre l'immeuble grevé en quelque main qu'il se trouve (droit de suite) et d'être payé par préférence sur le prix (droit de préférence)* »

<sup>242</sup>.

Historiquement<sup>243</sup>, cette exclusion de constituer des sûretés réelles est ancienne (on retrouve des bases dans le droit romain), mais elle a longtemps été dévoyée. Ainsi, par

---

<sup>242</sup> Définition tirée du « *Vocabulaire H.Capitant* », cité par Yves Gaudemet, « *Traité de droit administratif, Tome II, Droit administratif des biens* », 12<sup>ème</sup> ed., LGDJ, 2002, § 31 p. 26.

<sup>243</sup> Pour une présentation historique complète, se référer à Philippe Yolka, préc. note n° 5, points 64-66.

exemple, sous l'Ancien Régime les biens de la Couronne furent « engagés » afin d'en faire une source de revenus substantiels, et ce en parfaite incompatibilité avec le principe d'inaliénabilité édicté par l'Edit de Moulins de 1566. Si cette exclusion fut rapidement rapprochée du principe d'inaliénabilité notamment au regard de l'article 2118 du code civil<sup>244</sup>, il n'en demeure pas moins qu'une décision de Cour d'appel à la fin du 19<sup>ème</sup> avait admis l'hypothèque judiciaire d'immeubles appartenant au domaine privé communal<sup>245</sup>.

Toute la question étant alors de savoir si l'interdiction de constituer des sûretés réelles est rattachable à la seule inaliénabilité ou à l'insaisissabilité des propriétés publiques, le champ des biens concernés n'étant évidemment pas similaire (seuls les biens du domaine public dans la première hypothèse, l'ensemble des propriétés publiques dans la seconde).

Pour certains, l'interdiction d'hypothéquer doit être rattachée à l'inaliénabilité dans la mesure où les dépendances du domaine public ne peuvent être vendues sans être préalablement désaffectées et déclassées, l'inaliénabilité excluant alors de fait toute constitution de droits réels et toute cession de propriété. Sans doute, en effet il ne peut être constitué conventionnellement de droit réel sur le domaine public, sauf texte législatif le permettant<sup>246</sup>. Cependant, il faut bien se ranger à l'approche selon laquelle l'interdiction des sûretés réelles est une conséquence directe de l'insaisissabilité. En effet, les sûretés réelles ne confèrent à leur créancier qu'un droit sur la valeur des biens : une mesure d'exécution forcée, c'est-à-dire une procédure de saisie, sera toujours nécessaire pour assurer le recouvrement de la créance.

Une nuance pourrait être apportée selon laquelle le principe d'insaisissabilité n'empêche pas la constitution des sûretés réelles (puisqu'elle n'implique pas nécessairement leur saisie), mais seulement leurs réalisations dans le cadre de vente forcée. Mais il faudrait alors que la collectivité publique accepte l'aliénation du bien, ce qui semble un peu absurde car la réalisation d'une hypothèque n'est en principe pas subordonnée au bon vouloir de son débiteur.

De même les auteurs ont coutume de présenter au titre des mesures prohibées par le principe d'insaisissabilité, l'impossibilité de recourir à l'antichrèse, prévue à l'article 2085 du code civil et que l'on peut définir en ces termes : *Forme de nantissement permettant au*

---

<sup>244</sup> L'article 2218 du Code civil dispose en ce sens que « Sont seuls susceptibles d'hypothèques : 1° Les biens immobiliers qui sont dans le commerce... ». Le domaine public étant réputé *res extra commercium*, il était aisé de s'appuyer sur cet article pour fonder l'interdiction de recourir à l'hypothèque sur le principe d'inaliénabilité.

<sup>245</sup> CA Agen, 18 Juillet 1892, Ville d'Agen, S. 1894.2. p. 1, note Michoud.

<sup>246</sup> CE, 6 mai 1985, Association Eurolat, *RFDA*, 1986, 21.

débiteur de reconnaître à son créancier la possession d'un bien ainsi que le droit d'en percevoir les fruits jusqu'au remboursement de la créance. Comme le souligne le professeur Gaudemet<sup>247</sup>, on doit y voir une sûreté réelle dans la mesure où en cas de défaut de paiement, le créancier antichrésie peut recourir aux voies d'exécution du droit commun pour vendre le bien après saisie. Cette impossibilité d'y recourir est dès lors applicable à l'ensemble des propriétés publiques.

En définitive, « le droit des sûretés est tributaire des voies d'exécution, dont l'insaisissabilité paralyse la mise en œuvre, y compris sur le domaine privé »<sup>248</sup>. Nous rajouterons, « alors même que les biens du domaine privé sont aliénables ».

Et concluons en signalant que cette impossibilité de constituer des sûretés réelles peut être considérée comme un handicap important pour les personnes publiques, notamment les EPIC, qui ne peuvent offrir de garanties aux tiers qui accepteraient de les financer. « Le privilège laisse place à une sujétion dont ils n'ont sans doute pas fini de subir les conséquences préjudiciables. Mais c'est la conséquence obligée de l'application du critère organique qui dicte aujourd'hui toutes les solutions jurisprudentielles en matière de procédure d'exécution »<sup>249</sup>.

Cette pensée matérialisant bien les deux idées fortes de ce premier chapitre : l'affirmation du critère organique comme fondement exclusif du principe d'insaisissabilité d'une part, et d'autre part des effets de droit qui, au-delà de leur aspect positif de protection des propriétés publiques, comportent des incohérences, blocages et contrariétés dont le droit public s'accommode mal. Il conviendra alors dans le Chapitre II de s'attacher davantage à démontrer les limites du rattachement exclusif de l'insaisissabilité au critère organique.

## **Chapitre 2 : Les limites de l'exclusivité du critère organique**

Si l'insaisissabilité après de nombreuses controverses s'est stabilisée sur un fondement exclusivement organique, il apparaît d'une manière générale que ce dernier recèle de nombreuses limites. Tout d'abord, si plusieurs justifications traditionnelles ont été exposées pour légitimer ce rattachement organique, une appréciation critique fera apparaître leur fragilité partielle. De plus, il semble qu'au niveau de l'unité du droit et de l'objectif de

---

<sup>247</sup> Yves Gaudemet, « *Traité de droit administratif, T. II, Droit administratif des biens* », 12<sup>ème</sup> ed., LGDJ, 2002, § 32 p. 27.

<sup>248</sup> Philippe Yolka, préc. note n° 5, Points 69-70.

<sup>249</sup> Yves Claisse, préc. note n°46, § 1613-29.

valorisation des propriétés publiques, l'insaisissabilité soit un facteur d'entrave non négligeable (**Section 1**).

En outre, de nombreux facteurs endogènes renforcent la thèse selon laquelle l'exclusivité du critère organique est partiellement infondée, l'abandon de la gémellité entre personnalité publique et insaisissabilité témoignant de cette faiblesse. Que ce soit par l'insaisissabilité conférée à certains biens essentiels des personnes privées ou, plus révélateur encore, par le fait que des personnes privées, récemment privatisées, bénéficient d'une insaisissabilité de leurs biens nécessaires à la continuité du service public géré, une inflexion fonctionnelle de notre droit est en tout cas perceptible (**Section 2**).

## **Section 1 : Approche critique du rattachement de l'insaisissabilité à la personnalité publique**

Au-delà de la solution retenue par les juges, puis par le législateur, il convient de s'attarder plus longuement sur les justifications du principe d'insaisissabilité, qui, peu ou prou, ont toutes accréditées l'exclusivité du critère organique. Au travers d'une approche critique, il apparaîtra d'une part qu'elles sont en partie obsolètes, d'autre part dépassables tant il est vrai qu'en réalité « *le droit administratif repose sur une dialectique de la fin et des moyens* »<sup>250</sup>, et non sur une dialectique organique ou structurelle (**1**).

Il apparaîtra alors que le rattachement exclusif au critère organique souffre de nombreuses limites, freinant notamment la valorisation des propriétés publiques par son entrave au financement privé. En outre, de manière plus globale, l'unité du droit public semble pâtir d'un tel régime dérogatoire au droit privé, notamment les EPIC (**2**).

### **1) Justifications et dépassements du fondement organique**

Plusieurs justifications ont été avancées par la doctrine pour fonder le principe d'insaisissabilité, toutes puisant, à des degrés divers, leur force originelle dans la quintessence de la personnalité publique (**A**). Bien qu'intellectuellement séduisantes, ces justifications prises individuellement n'emportent pas la conviction et sont loin d'être exemptes de toute critique. Il apparaîtra alors que ces critères semblent dépassés au regard d'une approche finaliste et fonctionnelle à laquelle le droit interne a déjà accordé de pleins effets (**B**).

## A) Les justifications traditionnelles

Si les auteurs sont plus ou moins prolixes quant aux justifications traditionnelles de l'insaisissabilité, certaines sont mentionnées à chaque reprise, telle que le monopole de la puissance légitime, la présomption de solvabilité et de bonne foi de l'administration, ou encore la protection des finances publiques qui, pour sa part, semble davantage assimilable à une conséquence qu'à un fondement de l'insaisissabilité. Imbriquées entre elles plus qu'autonomes, elles concourent à une vision organique de la protection accordée. En outre, la présomption d'affectation et d'intérêt général ainsi qu'une thèse séduisante, le principe de continuité des personnes publiques, ont pu être avancés comme autres éléments de justifications.

### 1. Le monopole de la contrainte légitime

L'interdiction des voies d'exécution du droit commun à l'encontre des personnes publiques a généralement comme explication principale le fait que les personnes publiques détiennent le monopole de la contrainte légitime. Symbole de cette « surdétermination » de la personnalité publique en la matière, celle-ci comporterait un élément irréductible : la puissance publique, qu'elle détient seule. Cette justification aux accents wébériens trouve en effet à s'appliquer en matière d'insaisissabilité puisqu'en effet, de prime abord, il y aurait une certaine absurdité à voir « *la puissance publique (...) être mise en œuvre contre la puissance publique* »<sup>251</sup>. Le monopole de la contrainte légitime appartenant certes à l'Etat, il serait tout aussi aberrant de voir l'Etat la mettre en œuvre à l'égard de ses démembrements. Toute voie d'exécution pouvant, le cas échéant, demander le concours de la puissance publique, l'insaisissabilité apparaît de ce fait justifiée.

Ensuite, pour asseoir sa démonstration, la doctrine a fait appel à la notion « d'ordre public »<sup>252</sup> : toute dépossession forcée créerait nécessairement un trouble à l'ordre public, par la désorganisation et les dysfonctionnements provoqués<sup>253</sup>. D'ailleurs, la loi des 16 et 24 août 1790 milite en ce sens par la terminologie employée : « *Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs*

---

<sup>250</sup> Benoît Plessix, « *L'éternelle jouvence du service public* », *JCP A*, 24 octobre 2005, p. 1613.

<sup>251</sup> Pierre Delvolvé, *L'exécution contre l'administration*, RTD civ., 1993, p. 152.

<sup>252</sup> Voir notamment Paul Amselek, *D.*, I, 1986, 3236 ; Pierre Sargos, « *L'exécution des décisions judiciaires portant condamnation d'une personne publique* », in Rapport général de la Cour de cassation 1987, p. 122 et ss.

<sup>253</sup> « *Admettre la possibilité de saisies suivies, le cas échéant, de ventes forcées contre les organismes publics, (...) reviendrait à introduire le plus grand désordre dans le fonctionnement général de ces organismes* », Paul Amselek (ibid.).

(...) »<sup>254</sup>. Admettre la possibilité de saisie, ce serait dès lors admettre que le juge judiciaire puisse intervenir dans la sphère administrative et troubler éventuellement son fonctionnement.

D'ailleurs, la jurisprudence ne s'y étant pas trompée, elle s'est parfois risquée à des développements pédagogiques en ce sens : « *Le motif expliquant qu'elles (les personnes publiques) ne soient pas soumises aux voies d'exécution ordinaires, [est notamment dû au] trouble qui pourrait en résulter dans l'administration et dès lors dans l'ordre public* »<sup>255</sup>.

## **2. Intérêt général et affectation présumés**

Le second élément de justification est étroitement lié au premier. C'est l'idée selon laquelle les biens des personnes publiques sont présumés être affectés à l'intérêt général. En réalité, le raccourci est en fait plus important, puisqu'on présente généralement la chose de telle manière que l'intérêt général soit consubstantiel de la personnalité publique. Non exempte de toute critique comme nous le verrons par la suite, la thèse signifie que la personne publique est nécessairement en charge de l'intérêt public : « *Des voies de contrainte contre une personne publique seraient incompatibles avec sa dignité même de personne publique et la parcelle de puissance publique et d'intérêt général dont elle est toujours dépositaire quels que soient son statut et sa mission* »<sup>256</sup>.

Les conséquences de ce raccourci sont logiques : puisque les personnes publiques sont dépositaires de l'intérêt public, cela signifie alors que les personnes privées ne gèrent que des intérêts privés. A relire Hauriou, dont la pensée n'a pas pris une ride, il faudrait tout du moins faire une distinction entre les intérêts publics dont seules les personnes publiques ont la charge, et les intérêts « collectifs »<sup>257</sup>. Toute voie d'exécution ayant pour but de soustraire des biens affectés à l'intérêt général et de les dévoyer à un intérêt privé étant par là même inimaginable. « *Si le droit de créance est source de nombreuses prérogatives pour son titulaire, elles ne vont pas jusqu'à comprendre celle de porter atteinte à l'intérêt général* »<sup>258</sup>.

---

<sup>254</sup> On peut trouver également trouver dans la terminologie employée par la formule exécutoire du Conseil d'Etat (Article 70 de l'ordonnance du 31 Juillet 1945 : « *La République mande et ordonne au ministre et à tous les huissiers, à ce que soit requis, en ce qui concerne les voies d'exécution du droit commun contre les parties privées, de pourvoir à l'exécution de la présente décision* » (Article R. 751-1 CJA).

<sup>255</sup> Jugement du Tribunal civil, Toulouse, 31 décembre 1984, cité par Paul Amsselek, préc. note n° 46.

<sup>256</sup> Paul Amsselek (Ibid.).

<sup>257</sup> Note Maurice Hauriou sous l'arrêt TC, 9 décembre 1899, Association syndicale du canal de Gignac, S, 1900, III, p. 49.

<sup>258</sup> Caroline Chamard, « *La distinction des biens publics et des biens privés* », Thèse Lyon III juin 2002, Dalloz, 2004, § 643.

Ainsi, comme le notait M. Jacquignon, l'insaisissabilité se justifie par la prévalence de l'intérêt général sur l'intérêt privé<sup>259</sup>.

C'est d'ailleurs en ce sens que les auteurs justifient le privilège d'insaisissabilité qui aurait nécessairement pour effet de troubler l'organisation et le fonctionnement des organismes publics chargés d'une mission d'intérêt général. Les auteurs, rendons leur grâce, admettent cependant que toute saisie pourrait être entravée par le principe constitutionnel de continuité et de régularité des services publics<sup>260</sup> ; s'ils refusent d'en faire une justification autonome<sup>261</sup>, il n'en demeure pas moins qu'ils amorcent une approche fonctionnelle.

### **3. Solvabilité et bonne foi de l'administration**

Dernier élément tiré de l'idée d'ordre public, l'insaisissabilité serait inopérante dans la mesure où les personnes publiques, plus globalement l'Administration, sont réputées solvables et de bonne foi. Solvable, à n'en pas douter, puisqu'en effet la puissance publique dispose, par la voie de ses représentants, du pouvoir de lever l'impôt en cas de nécessité et donc, de manière quasi illimitée, de la possibilité infinie d'honorer sa dette. Si l'on se permettait un trait d'humour, on pourrait nuancer le propos en évoquant la dette abyssale de l'Etat français. Cependant, selon cette acception bien établie, toute saisie semble quelque peu « redondante » et inutile en pratique, l'Administration pouvant par ailleurs être contrainte au paiement par d'autres biais. On rappellera à cet égard les pouvoirs de l'autorité de tutelle pour contraindre les collectivités et établissements publics à honorer leur dette<sup>262</sup>.

Enfin, à cette présomption de solvabilité (notion déterminante en matière de responsabilité administrative), s'ajoute l'idée selon laquelle l'Administration serait de « bonne foi », « *honnête homme* »<sup>263</sup>.

Nous nous contenterons pour le moment, en guise de réserve, de citer Marcel Waline à propos des collectivités territoriales et des établissements publics : « *Il serait peut être imprudent de leur faire toujours entière confiance pour acquitter spontanément leur dette* »<sup>264</sup>

---

<sup>259</sup> Louis Jacquignon, préc. note n° 6.

<sup>260</sup> Voir Paul Amsselek (préc. note n° 46), Pierre Sargos (préc. note n° 2), Benoît Nicod (préc. note n° 38), Renaud Denoix de saint Marc (préc. note n° 46), Philippe Yolka (préc. note n° 5).

<sup>261</sup> M. Yolka (préc. note n° 5) rappelait que les délégués de service public ne sont pas soumis au principe d'insaisissabilité et que les biens du domaine privé non affectés à un service public sont insaisissables tout comme les biens du domaine public affectés à l'usage direct du public le sont. (§ 20).

<sup>262</sup> Voir en ce sens G-E Lavau, Note sous l'arrêt CA Aix en Provence, 30 novembre 1949, SNEP c/ Esposito, *JCP*, II, 5245

<sup>263</sup> Pour reprendre une terminologie déjà employée : E. Villey, « *L'Etat, honnête homme* », *Rev. Eco ; pol.*, 1911, p. 386

<sup>264</sup> M. Waline, *Manuel élémentaire de droit administratif*, 4<sup>ème</sup> ed., Sirey, 1946, p. 470.

#### **4. La protection des finances publiques**

Un dernier fondement traditionnel de l'insaisissabilité rattache celle-ci à la nécessité de protection des finances publiques. En soi, cette justification est davantage une cause à effet qu'à proprement parler un fondement. De plus, la protection des finances publiques est déclinée en plusieurs éléments, soit selon une approche rigoureusement finaliste, soit de manière pragmatique et juridique au gré des règles de comptabilité publique. C'est ainsi, pêle-mêle, qu'au niveau purement budgétaire et comptable ont été avancées ces justifications : la règle de la spécialité comptable qui interdit que les fonds votés à un chapitre puissent être affectés à un autre<sup>265</sup>, la possibilité pour l'Etat et ses autorités de tutelle de procéder à l'ordonnancement ou au mandatement des dettes exigibles nées d'une condamnation de justice par exemple (...).

Si l'insaisissabilité n'est pas une règle inhérente à la comptabilité publique, elle possède néanmoins un caractère qui la rattache à un privilège financier. La saisie aurait pour effet de « *perturber leur (les personnes publiques) gestion financière et comptable* »<sup>266</sup> en effectuant une dépense en marge des prévisions budgétaires, mais également en marge des procédures d'exécution et de contrôle des ressources des personnes publiques. Certains auteurs de rajouter qu'une telle mesure « *serait (...) de nature à introduire le désordre dans le fonctionnement des mécanismes financiers de l'établissement et dans l'exercice des responsabilités de ses agents financiers* »<sup>267</sup>.

Enfin, au niveau de la protection des finances publiques, l'insaisissabilité interdit à tout créancier de l'Administration de se servir d'un bien ou de procéder à sa vente car ce serait alors « *scier une branche pour avoir un fruit* »<sup>268</sup>. En d'autres termes, cela aurait pour effet de « *tarir une source permanente de revenus pour honorer sa dette* »<sup>269</sup>.

---

<sup>265</sup> Désormais, cette règle comptable est dépassée avec l'introduction de la LOLF (article 7.1), puisque les crédits sont votés par missions. Ceci n'exclut pas, notamment, la possibilité pour le Parlement de redéployer les crédits d'une mission sans en altérer le montant global. Ces missions sont spécialisées par programmes ou dotations (article 7.2) ; le ministre qui en a la charge est libre d'en modifier la destination et l'objet (par titre) sauf les crédits de personnel. En revanche, les collectivités territoriales ont conservé la précédente architecture budgétaire.

<sup>266</sup> Paul Amselek, préc. note n° 46, § 37.

<sup>267</sup> Ibid.

<sup>268</sup> M. Waline, « *Droit administratif* », Sirey, 7<sup>ème</sup> ed., 1957, p. 864.

<sup>269</sup> Philippe Yolka, préc ; note n° 5, § 20.

## **B) Critiques et dépassement des justifications « organiques »**

Tout aussi pertinentes que soient ces justifications traditionnelles, force est de constater qu'elles ne sont pas exemptes de critiques, tant il apparaît que la notion « d'ordre public » rattachable à la personnalité publique est quelque peu surannée, et foncièrement dépassable. D'une part, il apparaît un peu trop aisé de cloisonner des postulats de droit public en s'attachant à leurs effets traditionnels, tout du moins « logiques » pour ne pas être « à charge », sans finalement en mesurer les effets réels. Enfin, il nous semble qu'un dénominateur commun peut être soulevé comme objection à l'ensemble des justifications. Ce critère est tiré de l'approche fonctionnelle et de la nécessité ultime et constitutionnelle d'assurer la continuité et la régularité des missions de l'administration.

### **1- Approche critique**

Il nous faut reprendre les justifications exposées plus haut pour en énumérer les critiques systématiquement.

Concernant le monopole de la contrainte légitime, il y a en effet un côté absurde à voir la puissance publique requise éventuellement à son encontre. Néanmoins, passée cette constatation qui fleure « l'image d'Epinal », il faut noter de manière plus pragmatique que la plupart des saisies n'entraînent pas de « scandale »<sup>270</sup>. M. Nicod de préciser qu'en effet, la saisie la plus fréquemment utilisée est la saisie-arrêt qui ne requiert pas l'usage de la puissance publique mais qui, au contraire, se traduit simplement par des écritures comptables<sup>271</sup>.

Même la doctrine la plus favorable à la solution dégagée par l'arrêt BRGM voit, dans cet élément, un argument qui « *procède plus de la constatation que de la justification* »<sup>272</sup>.

A supposer malgré tout que la puissance publique soit requise, dans le cadre d'une saisie proprement dite entraînant confiscation ou privation des biens, on ne voit pas exactement où se situe le problème pratique et juridique. Au niveau « extra juridique », on ne juge pas plus « scandaleux » le fait que des juges d'instruction perquisitionnent au sein des ministères voire, dernièrement, tentent de pénétrer à l'Élysée. Certes, l'effet n'est pas toujours positif sur les administrés. Mais, à l'instar de nos développements suivants, c'est une

---

<sup>270</sup> Benoît Nicod, Note sous l'arrêt CA Paris, 18 Mars 1986, BRGM c/ S.A Lloyd Continental, *D*, 1987, p. 310.

<sup>271</sup> Ibid.

<sup>272</sup> Renaud Denoix de Saint Marc, *D* 1985, J, p. 174 et ss, Note sous l'arrêt CA Paris, 11 Juillet 1984, SNCF c/ GARP.

conséquence logique de l'Etat de droit. C'est en effet là que se situe la principale critique d'une telle justification. Le fait que l'Etat se soumette à la puissance publique, aux règles qu'il a lui-même édicté, apparaît comme l'écueil majeur de ce fondement : l'Etat, s'il n'est pas un justiciable comme les autres, n'en est pas moins soumis au respect des décisions de justice. Or, lorsque celles-ci ne sont pas respectées, soit par désintérêt, soit par « difficulté sérieuse de réunir la somme », soit encore par indigence, il n'est pas acceptable pour les administrés de voir les personnes publiques « *s'abriter derrière le paravent de l'insaisissabilité* »<sup>273</sup>. Bien entendu, certains de faire remarquer que les personnes publiques, si elles ne sont des justiciables comme les autres, sont néanmoins soumises à des voies d'exécution qui leur sont propres.

Nous apposerons alors la même remarque qu'en introduction de ce chapitre : la théorie doit être regardée avec circonspection lorsqu'en pratique elle n'est pas vérifiée. Si les voies d'exécution administratives étaient louées par leur efficacité, il y aurait longtemps, tout du moins depuis la loi du 16 juillet 1980, que de nombreux débats sur l'insaisissabilité seraient clos.

Une conclusion similaire peut être opérée à propos du fait que l'Administration serait réputée de « bonne foi » et « honnête homme ». Si bien entendu il n'y a pas lieu de douter de ces postulats dans la généralité, on ne saurait leur accorder trop de crédits. Ce n'est pas douter de la bonne foi de l'Administration que de stigmatiser la lenteur parfois de l'exécution des décisions de justice, voire les cas où l'ensemble des procédures sont inopérantes pour obtenir le remboursement de sa créance.

Quant à la solvabilité de l'Administration, ce serait au contraire davantage un élément en faveur de la soumission des personnes publiques aux voies d'exécution, que le contraire. Comme le note Mme. Chamard <sup>274</sup>, quel intérêt y aurait-il à diligenter une procédure d'exécution contre une personne physique ou morale insolvable ? Une nouvelle fois le droit de la responsabilité administrative est éclairant puisque les particuliers, même en cas de faute personnelle d'un agent, se retourne d'abord vers l'Etat, réputé solvable. A lui, dès lors, d'exercer une éventuelle action récursoire contre son agent par la suite.

---

<sup>273</sup> David Prétat, « *La garantie de l'Etat à ses établissements publics : une aide incompatible avec le marché commun ?* », *LPA*, 26 Janvier 2000, n° 18, p. 4 et ss.

<sup>274</sup> Caroline Chamard, précitée note n° 7.

Concernant le critère de protection des finances publiques, il semble que les éléments cités au titre des règles de comptabilité publique soient inopérants. Tout d'abord, il a été avancé à l'encontre du principe d'insaisissabilité la spécialité comptable ainsi que la nuisance provoquée à un acte de prévision. A l'un et l'autre, on peut répondre qu'il a toujours existé des dépenses pour frais imprévus ou situation d'urgence. Une saisie pourrait très bien être inscrite à ce titre. Ensuite, il faut bien l'admettre, une saisie est une simple mesure d'exécution : elle n'est pas différente d'une dette née d'une condamnation judiciaire qui serait ordonnancée ou mandatée selon les règles posées par la loi du 16 Juillet 1980. Le comptable public, après avoir vérifié la régularité du titre exécutoire et la réalité de la dette, procédant alors au transfert.

On pourrait objecter alors que la saisie des biens n'est pas possible, ceux-ci n'étant pas comptabilisés. Ceci est d'autant moins vrai que la LOLF<sup>275</sup> impose désormais, à côté de la comptabilité de caisse jadis utilisée, que l'on procède à une comptabilité analytique et fonctionnelle dans laquelle le patrimoine de l'Etat et des collectivités doit figurer. Le patrimoine doit être évalué et chiffré de telle sorte qu'il est loisible au créancier et à la personne publique débitrice de savoir quels sont les effets pécuniaires d'une saisie. Si le patrimoine des personnes publiques est pour certains biens inévaluable en raison de leur caractère exceptionnel, les autres biens ont une valeur, qui, à défaut d'être chiffrée à raison leur véritable valeur, devra être transcrite en fonction des prix du marché<sup>276</sup>. Aussi, et même s'il faut absolument s'éloigner de l'image selon laquelle une saisie porte nécessairement sur un bien (car en réalité les saisies portent majoritairement sur des sommes d'argent, fongibles ou non), même dans cette hypothèse, il ne semble pas que les mécanismes comptables puissent réellement faire obstacle.

Enfin, la justification tirée de la présomption d'intérêt général et d'affectation est partiellement inexacte. Si nous nous rangeons à l'idée selon laquelle l'exercice d'une mission d'intérêt général ou de service public est l'essence même d'une personne publique, il ne faut pas oublier que certaines activités exercées par des personnes publiques ne sont pas des services publics et, corrélativement, que les biens y concourant ne sont pas affectés au dit service. C'est notamment partiellement le cas des biens du domaine privé et, plus généralement, certaines activités ne sont pas des services publics à commencer par celles de certains EPIC. Ainsi, les juges du fond dans l'affaire BRGM<sup>277</sup> relevaient que 3/5<sup>ème</sup> du

---

<sup>275</sup> Loi organique n° 2001-692 du 1<sup>er</sup> Août 2001, *JO* du 2 août 2001.

<sup>276</sup> L'article 27 de la LOLF précisant à ce titre que « Les comptes de l'Etat doivent être réguliers, sincères et donner une image fidèle de son patrimoine et de sa situation financière ». Cette disposition implique donc que le patrimoine de l'Etat soit évalué de manière sincère, tous les biens devant être valorisés.

<sup>277</sup> CA Paris, 18 mars 1986, BRGM c/ S.A Lloyd Continental, *D*, 1987, p. 310, note Nicod.

chiffre d'affaire correspondait aux missions privées de conseil effectuées par le bureau. Le nœud du problème de l'insaisissabilité est en réalité dans cette justification beaucoup trop péremptoire, insensible aux évolutions des structures de droit public et aux missions exercées par l'ensemble des personnes publiques.

## **2- Le dépassement des objections par le critère fonctionnel**

Une dernière thèse de rattachement au principe d'insaisissabilité, exposée par Mme. Chamard<sup>278</sup>, n'a (volontairement) pas été insérée dans les développements précédents. Pour l'auteur, c'est l'exigence de « *continuité des personnes publiques* »<sup>279</sup> qui ferait obstacle à l'insaisissabilité. Après avoir démontré que l'exécution forcée avait progressivement dérivé de la personne aux biens, l'auteur estime que « *les biens restent la projection de la personne* » et par conséquent que « (...) *l'exécution forcée sur les biens est liée indéfectiblement à l'exécution sur la personne* »<sup>280</sup>.

Or si l'exécution forcée à l'encontre des personnes publiques est prohibée, c'est parce qu'il est « *absolument inconcevable qu'une personne publique qui s'engage, engage par là même sa propre personne, c'est-à-dire sa continuité et son devenir* »<sup>281</sup>. L'auteur de conclure que la saisissabilité se traduirait finalement par la vente de « *parcelles d'intérêt général* »<sup>282</sup>, rejoignant ainsi les justifications liées à la présomption d'affectation et d'intérêt général.

Nous adhérons pleinement à cette explication et c'est la raison pour laquelle nous souhaitons la dissocier des précédentes. En effet, il nous semble que la véritable raison justifiant la prohibition des procédures civiles d'exécution, c'est qu'elle pourrait conduire à une remise en cause de la pérennité des personnes publiques.

En revanche, cette approche « organique » doit être nuancée. Comme nous le faisons remarquer précédemment, la présomption d'intérêt général n'est pas « *irréfragable* »<sup>283</sup> dans le sens où certaines activités menées par les personnes publiques ne le sont pas dans un strict but d'intérêt général mais poursuivent des fins plus commerciales, voire privées (qu'en est-il des immeubles du domaine privé loués à des particuliers ou des sociétés ?) Aussi, à l'impossible transfert des « *parcelles d'intérêt général* » détenues par les personnes publiques, nous répondons par l'adhésion... mais uniquement pour les « *parcelles d'intérêt général* ». Or, et même si ce n'est pas l'unique, il existe une traduction courante de l'intérêt général dans la

---

<sup>278</sup> Caroline Chamard, « *La distinction des biens publics et des biens privés* », Thèse Lyon III 25 juin 2002, Dalloz, 2004.

<sup>279</sup> Ibid. § 651.

<sup>280</sup> Ibid. § 651.

<sup>281</sup> Ibid. § 652.

<sup>282</sup> Ibid. § 652.

notion d'affectation à un service public ou à l'usage du public. C'est pourquoi, il nous semble que l'adjonction d'un critère fonctionnel, afin de limiter le champ de l'insaisissabilité, est pertinent.

En effet, si l'on se range au fait que l'insaisissabilité préserve de l'appropriation privée les parcelles d'intérêt général, cela signifie que toutes les activités des personnes publiques tournées vers l'intérêt général, et par conséquent les seuls biens y concourant, doivent être préservés. Car, ce n'est pas tant les personnes publiques que « l'intérêt général » qui commande l'insaisissabilité. En d'autres termes, c'est davantage les missions d'intérêt général exercées par les personnes publiques que celles-ci en tant que telles qui doivent être préservées. Le professeur Plessix ajoutait en ce sens : *« Comme si notre droit administratif français ne pouvait se passer d'une donnée incontournable : que le centre de gravité du droit administratif est la notion d'activité juridique ; que l'Administration est donc avant tout une activité juridique orientée dans un certain but (l'intérêt général) en utilisant à cette fin des moyens appropriés à ce but ; bref que l'application du droit administratif se fait essentiellement en fonction de l'activité »*<sup>284</sup>.

Une nouvelle fois, précocement, il convient de rappeler que l'intérêt général s'oppose uniquement à l'intérêt privé et non au caractère lucratif ou commercial de l'activité exercée. C'est d'ailleurs pour cette raison que l'adjonction d'un critère fonctionnel transcende les critères proposés précédemment car il ne s'intéresse pas au « degré de commercialité » d'une entité mais seulement à la mission de service public qu'elle exerce. En ce sens, cette approche passe par le critère matériel de l'activité gérée mais ne s'attache qu'aux biens propres nécessaires à la poursuite de cette activité.

Le conseil constitutionnel, nous y reviendrons, semble accrédi-ter ce positionnement puisqu'il consacre constitutionnellement le principe de continuité et de régularité des services publics, alors qu'il a toujours pris soin de laisser aux principes d'inaliénabilité et d'insaisissabilité un caractère législatif<sup>285</sup>. Au terme d'un contrôle de proportionnalité, on pourrait dire que la saisie des biens est admise dès lors qu'elle n'emporte pas des conséquences et atteintes excessives à l'égard de l'intérêt général. Dans ce cadre, le fait de

---

<sup>283</sup> Benoît Nicod, préc. note n° 46.

<sup>284</sup> Benoît Plessix, « *L'éternelle jouvence du service public* », *JCP A*, 2005, p. 1612.

<sup>285</sup> Voir notamment en ce sens Conseil constitutionnel, 21 juillet 1994, Loi relative à la constitution de droits réels sur le domaine public, DC N°94-346, Rec. Cons. const., p. 96 : « (Considérant) que si les députés auteurs de la saisine invoquent à l'encontre de l'article 1<sup>er</sup> de la Loi le principe selon eux à valeur constitutionnelle de l'inaliénabilité du domaine public, il ressort des dispositions de cet article qu'aucune d'entre elles n'a pour objet de permettre ou d'organiser l'aliénation des biens appartenant au domaine public ; que, par suite, le grief invoqué manque en fait ».

contrevenir à la continuité et à la régularité du fonctionnement des services publics apparaît comme une atteinte excessive.

Ainsi, par rapport aux justifications tirées de l'affectation et de l'intérêt général, ainsi que celles afférentes à la protection des finances publiques, il semble bien qu'un critère fonctionnel ait le mérite de dépasser les objections présentées. La protection des finances publiques n'a de sens qu'au regard de l'activité d'intérêt général nécessitant des ressources, et non pas au regard des intérêts privés des personnes publiques.

La poursuite de l'intérêt général par les personnes publiques peut être présumée, mais elle ne peut que<sup>286</sup> être présumée. Or le fondement organique de l'insaisissabilité y contrevient en postulant nécessairement que tous les biens de toutes les personnes publiques sont « affectés » à l'intérêt général.

## **2) La négation de l'approche finaliste de l'action administrative**

Il apparaît que l'approche finaliste que se propose de suivre les personnes publiques soit particulièrement entravée par des règles rigides telles que l'insaisissabilité. Cette dernière empêchant, par les mesures qu'elle prohibe, de valoriser par l'investissement privé les propriétés publiques (A). Plus généralement, une telle mesure conduit à se demander si le droit interne est unitaire et « armé » face à cette nécessité que commande le droit communautaire (B).

### **A) La « dévalorisation » de la propriété publique**

En maintenant l'insaisissabilité à l'ensemble des propriétés publiques, le législateur n'a pas répondu au souhait que manifestait une partie de la doctrine de voir ce champ restreint. Ce souhait émanait notamment de l'Institut de gestion déléguée (IGD) qui avait fait de l'objectif de valorisation des propriétés publiques le premier constat guidant son action et sa force de proposition<sup>287</sup>. Comme l'indique son rapport synthétique, la valorisation ne doit pas être entendue dans un sens exclusif de « *maximisation du profit* » mais plus généralement

---

<sup>286</sup> Nous soulignons.

<sup>287</sup> Rapport de l'Institut de gestion déléguée, « *Valorisation des biens publics* » Publication IGD et dans le cadre de la publication des Actes du Colloques du 28 janvier 2004 sur la réforme du droit des propriétés publiques, LPA – n°147 – 23 juillet 2004.

dans un sens de « valorisation au service de l'utilité publique »<sup>288</sup>. On appréciera au passage qu'une telle approche se range à nos constatations antérieures, puisqu'en effet la raison d'être des propriétés publiques est le service de l'utilité publique.

Les membres de l'IGD insistaient pour une refonte du principe d'insaisissabilité notamment au titre de la valorisation des biens publics par l'investissement, l'impossibilité de recourir à l'hypothèque et au nantissement étant à ce titre rédhibitoire.

Au préalable, deux remarques s'imposent. On a souvent présenté les effets néfastes de l'insaisissabilité au seul titre des EPIC, en raison notamment de leur activité industrielle et commerciale, la plupart du temps dans un univers concurrentiel peu propice à admettre de telles dérogations aux lois et usages du commerce<sup>289</sup>. Cependant, comme nous aimons à le rappeler, il ne faut pas systématiquement opposer activités concurrentielles et activités commerciales. Les EPIC ne sont pas les seules personnes publiques à évoluer dans un environnement commercial. La preuve en est que toute la gestion domaniale est soumise au droit de la concurrence<sup>290</sup> et, qu'elle ait trait au domaine privé ou au domaine public, celle-ci est source de revenus. Un article du journal *Le Monde* datant de 1995, à propos du domaine privé de la mairie de Paris, suffit d'ailleurs à s'en convaincre. Il révélait que le domaine privé de la Ville de Paris pouvait être évalué à environ 1,5 milliards de F (soit environ 229 millions d'euros), le rapport regrettant que le revenu annuel de ces biens ne dépasse pas 5 % de la valeur totale réelle (66 millions de francs soit environ 10,05 millions d'euros)<sup>291</sup>. On pourrait encore citer les 12 millions d'hectares de forêts appartenant au domaine privé des personnes publiques, dont l'O.N.F tire des revenus importants, de la vente du bois essentiellement<sup>292</sup>. Quoi qu'il en soit, ces chiffres montrent bien que ces personnes publiques, qui ne sont pas à proprement parler des « commerçants publics »<sup>293</sup>, exercent cependant des activités commerciales.

---

<sup>288</sup> Yves Gaudemet et Laurent Deruy, « *Les travaux de législation privée, le rapport de l'Institut de gestion déléguée* », LPA, 23 juillet 2004, n° 147, p. 9.

<sup>289</sup> Ainsi Jean Dufau (précité note n° 87 p. 89 et ss.) : « *Le législateur a soumis les entreprises publiques aux lois et usages du commerce afin de donner à leur gestion la souplesse et l'autonomie que les entreprises privées retirent de l'application du droit commercial. Or si les biens des entreprises publiques faisaient partie du domaine de l'Etat, ces entreprises se verraient, par là même, soustraites à l'application des règles du droit privé pour tout ce qui concerne l'acquisition, l'aliénation ou la transformation de leurs biens, et cela, contrairement à la volonté nettement affichée du législateur* ».

<sup>290</sup> CE, 26 Mars 1999, Sté Eda RDP, 1999, p. 1245, note Manson.

<sup>291</sup> Le Monde, 14 décembre 1995, Cité par Jacqueline Morand-Devillers in « Cours de droit administratif des biens », Montchrestien, 4<sup>ème</sup> ed., 2005, p. 337 : « *Ce patrimoine extrêmement divers est constitué de 318 immeubles, représentant 2249 locaux dont 1389 appartements d'une valeur totale se situant dans une fourchette de 1,2 à 1,5 milliard de F et dont le revenu est e 66 millions de F. Soit une rentabilité à peine supérieure à 5% (...). Pour favoriser le logement social, la Commission propose qu'une partie des parcs soit transférée aux organismes d'H.L.M. Ensuite elle estime que seuls les logements correspondant à un intérêt général clairement identifié (crèches, commissariat...) doivent être conservés par la ville. Enfin, elle propose que les autres logements soient vendus au fur et à mesure qu'ils se libéreront. En attendant, ce patrimoine devra être géré activement, notamment en augmentant les loyers chaque fois que cela sera possible* »

<sup>292</sup> Chiffre tiré de l'article du Monde (Ibid.).

<sup>293</sup> Expression du doyen Vedel pour caractériser les EPIC, « *Le régime des biens des entreprises nationalisées* », CJEG, 1956, p 177-186.

(Permettons nous, au passage, de se demander comment il n'est pas possible de voir qu'une inéquité flagrante résulte du principe d'insaisissabilité (dans son champ actuel), aux vues de l'importance de ce patrimoine en partie non « affecté » à un service public.)

Or, le problème n'est pas tant pour les personnes publiques de disposer d'un patrimoine mais de le valoriser car, lieu commun s'il en est, les organismes publics quels qu'ils soient manquent en revanche cruellement d'argent. Si l'on s'en tient aux seuls EPIC, le rapport sur l'état actionnaire 2005, section Transports<sup>294</sup>, révélait que la SNCF présentait un endettement général de 7,8 milliards d'euros, tandis que Réseaux ferrés de France (RFF), la même année, contractait une dette de 27,6 milliards d'euros<sup>295</sup>.

Ces deux constats à l'esprit, on comprend mieux pourquoi le frein constitué par l'insaisissabilité peut s'avérer important. L'appel au financement privé est donc une nécessité pour les personnes publiques. En raison du manque d'argent, la possibilité de recourir à des sûretés est en grande partie vaine. Or, alors même que leur patrimoine foncier représente souvent la part la plus importante de leurs actifs et qu'il pourrait constituer à n'en pas douter un gage de poids pour la constitution de garanties ou de sûretés réelles, cette faculté leur est rendue impossible par le principe d'insaisissabilité. Ce dernier empêche notamment toute forme de nantissement (tel que l'antichrèse) et surtout de recourir à l'hypothèque (Voir p. 66-68).

Or, comme le signale le rapport de l'IGD, « *la possibilité pour le partenaire privé de disposer de garanties au titre du financement qu'il apporte est en effet à l'avantage des deux parties : elle diminue le coût du crédit ; elle permet l'investissement dans des conditions de sécurité juridique satisfaisantes* »<sup>296</sup>.

Le professeur Yolka toutefois nuance la portée pratique de cet argument en indiquant que les banques ne sollicitent pas d'inscription d'hypothèque lorsqu'elles prêtent aux collectivités et aux établissements publics<sup>297</sup>. On relèvera cependant qu'une telle affirmation n'enlève rien à l'argument précédent...puisque de toute façon les organismes de prêts ne peuvent y recourir, le principe d'insaisissabilité s'y opposant. Ainsi, rien n'empêche de penser que par exemple le coût du crédit serait inférieur si les établissements ou les collectivités publiques constituaient des garanties. Ceci est particulièrement vrai notamment pour les

---

<sup>294</sup> Rapports sur l'Etat actionnaire 2005, section Transports (disponible sur [www.minefi.fr](http://www.minefi.fr)). Source citée par M. Blanc (préc. note n° 47).

<sup>295</sup> Pour davantage de précisions concernant l'endettement des EPIC, se reporter à l'étude de M. Blanc, préc. note n° 47.

<sup>296</sup> Rapport de l'IGD, préc. note n° 287, § 30.

<sup>297</sup> Philippe Yolka, préc. note n° 5, § 72.

petites collectivités locales dont le patrimoine est, d'une part, assez limité, d'autre part, essentiellement foncier.

D'une manière générale, l'insaisissabilité est donc contraire à l'approche finaliste de l'activité des personnes publiques, notamment en matière de gestion domaniale. Il convient de noter qu'au-delà du principe d'insaisissabilité des propriétés publiques, d'autres mécanismes de protection entravent la valorisation des biens publics. Si les différentes lois sur la constitution de droits réels sur le domaine public, ainsi que celle sur les contrats de partenariat public privé, vont dans le bon sens des choses, des rigidités demeurent encore. Elles amènent à s'interroger sur le périmètre de protection, légitime ou non, dont jouissent les propriétés publiques. Car, à force d'opposer intérêt général et intérêt commercial, on en oublierait presque que les règles créées pour satisfaire aux nécessités du premier entravent par leur trop large champ d'application les nécessités du second. Toute la question de l'unité du droit interne peut être résumée dans ce paradoxe.

### **B) Le manque d'unité du droit des propriétés publiques**

Si le sujet est classique, il est néanmoins infini tant le droit est mouvant et refaçonne son unité (ou l'inverse) en permanence<sup>298</sup>. C'est surtout comme le souligne le professeur Gaudemet<sup>299</sup> une source d'interrogations constante entre l'unité du droit et les lois particulières, la norme et les privilèges... dont fait partie le principe d'insaisissabilité. S'il peut sembler, à première vue, que cette préoccupation de l'unité du droit dépasse le cadre stricto sensu de notre sujet, il apparaît en réalité que la question n'est pas à négliger. Le privilège d'insaisissabilité apparaît comme le symbole des mesures qui aboutissent à imposer à l'entreprise publique « *des règles de droit public qui, imaginées pour d'autres, ne lui conviennent pas* »<sup>300</sup>.

Au travers des trois exemples concernant les établissements publics, à savoir le privilège d'insaisissabilité, l'interdiction de recourir à l'arbitrage et la possibilité de détenir un domaine public, qui furent consacrés, tout du moins rappelés, dans les années 80, il ressort une incompatibilité manifeste. Incompatibilité entre un régime juridique de droit public et la

---

<sup>298</sup> Nous précisons que, si l'on tombe dans l'écueil exposé en introduction qui serait de ne s'intéresser qu'aux entreprises publiques, c'est parce que nos réflexions sur celles-ci ont pour effet de préciser le bien-fondé de l'approche finaliste qui est la nôtre.

<sup>299</sup> Yves Gaudemet, « *L'entreprise publique à l'épreuve du droit public* », in Mélanges Drago, p. 259 et ss., Economica 1996.

<sup>300</sup> Ibid. § 3.

finalité que se propose de mener les entreprises publiques constituées sous la forme d'établissement public.

Comme le rappelle le professeur Gaudemet, il fut un temps où le projet d'un statut général des entreprises publiques avait émergé, dont la principale philosophie était de « traduire l'unité profonde du secteur de l'économie publique » et de surmonter notamment le caractère protéiforme de celles-ci en les dotant de règles qui « devaient prévaloir sur des distinctions (...) impropres à justifier des régimes juridiques différents »<sup>301</sup>. Or, il réside dans ces trois exemples un dénominateur commun : l'approche organique, qui seule explique l'apposition de ces règles aux établissements publics.

Il n'est pourtant pas dans la finalité de ces entités, ni dans la nature des règles juridiques qui les environnent, de bénéficier de telles prérogatives qui bien souvent se retournent contre leur intérêt : « Est-ce bien un intérêt ? N'est-ce pas plutôt une contrainte ? »<sup>302</sup>, faisait remarquer un observateur à propos de la possibilité pour les établissements publics de disposer d'un domaine public.

Un détour de pensée serait de croire que, puisque les établissements publics ont été créés comme tels, il faut bien s'accommoder de leur régime. En d'autres termes, cela signifierait que le problème n'est pas tant celui du régime applicable aux entreprises publiques, que celui du choix de créer des personnes publiques dans la sphère commerciale. « On nous change notre Etat ! »<sup>303</sup> disait Maurice Hauriou dont l'exclamation fait écho à cet argument.

Seulement, encore une fois faut-il davantage se poser la question en terme de finalités. Est-il raisonnable pour des « entreprises » de ne pas pouvoir constituer de garanties ni recourir à l'arbitrage ? Car en tant que tel, et le droit communautaire vient au secours d'une telle approche, l'appropriation capitalistique par une personne publique n'est pas contraire au droit communautaire. Ce qui en revanche est contraire au droit communautaire, c'est de bénéficier de prérogatives et d'avantages tels qu'il en résulte des distorsions de concurrence. Ce n'est donc pas le « régime de propriété » auquel le Traité établissant la Communauté européenne (TCE) accorde une certaine indifférence en vertu de l'Article 295, mais les avantages inhérents à ce régime qui posent problème<sup>304</sup>.

---

<sup>301</sup> Yves Gaudemet, « L'entreprise publique à l'épreuve du droit public », in Mélanges Drago, p. 259 et ss., Economica 1996 (§ 4).

<sup>302</sup> D. Delpirou, note sous l'arrêt TA Limoges, 23 Juillet 1992, SNG D'Aboville (CJEG, 1992, p. 498). Cité Par Yves Gaudemet (Ibid.)

<sup>303</sup> Maurice Hauriou, Note sous l'arrêt TC, 9 décembre 1899, Association syndicale du canal de Gignac, S, 1900, III, p. 49.

<sup>304</sup> Se référer, pour une analyse complète à l'article de Mme Blazy et M. Bazex, « Le statut d'établissement public recèle-t-il par nature une aide d'état ? », DA, 2005, n° 5. 1996, p. 39.

Alors que les années 30 avaient vu la jurisprudence accorder une réserve de compétence au juge judiciaire dès lors qu'il s'agissait de traiter des « commerçants publics », l'unité du droit semble donc fragilisée par l'octroi de prérogatives que les entreprises publiques ne désirent pas pour mener leurs activités.

S'il y a comme un paradoxe à présenter l'insaisissabilité tout à la fois comme une mesure avantageuse aux yeux du droit communautaire, et désavantageuse aux yeux de la sphère commerciale, une même évolution répondrait à l'ambition de répondre aux deux versants de cette problématique : réduire le champ de l'insaisissabilité aux seuls biens nécessaires pour assurer la régularité et la continuité du service public.

## **Section 2 : L'abandon de la gémellité entre personnalité publique et insaisissabilité**

Si le fondement exclusivement organique de l'insaisissabilité possède des limites endogènes réelles, il apparaît en sus que le dogme est remis en cause par des limites exogènes, tendant à diluer le lien traditionnel entre insaisissabilité et propriété publique. D'une part, certains biens des personnes privées sont, limitativement, déclarés insaisissables par la loi, ce qui tend à accréditer l'idée de « patrimoine d'affectation ». D'autre part, la protection constitutionnelle inhérente à la continuité du service public, semble prévaloir sur toute considération organique (1).

Enfin, les dernières lois de privatisation militent en ce sens en conférant à d'anciens établissements publics, récemment privatisés, une insaisissabilité pour leurs biens indispensables à la continuité et la régularité du service public qu'ils gèrent (2).

### **1) L'insaisissabilité partielle des biens des personnes privées**

Si l'on s'intéresse à l'étude des biens insaisissables des personnes privées, ce n'est pas pour procéder à une analogie<sup>305</sup> parfaite entre les mesures de protection conférées à certains biens des personnes privées et l'immunité absolue dont jouissent les personnes publiques. Tout juste la logique qui procède du caractère insaisissable de certains biens des personnes privées est-elle symbolique d'une approche finaliste de la protection, consacrant indirectement la notion de patrimoine d'affectation (A).

Il apparaîtra en outre, et la confusion de la doctrine est saisissante sur cet aspect, que si les gestionnaires de service public ne bénéficient en rien d'une immunité d'exécution, la protection constitutionnelle de continuité des services publics semble les mettre à l'abri des procédures civiles d'exécution à l'encontre des biens nécessaires à assurer cette continuité (B).

### A) L'insaisissabilité de certains biens des personnes privées

Si l'article 2092 du Code civil implique en théorie que le débiteur d'une obligation est tenu de remplir son engagement sur l'ensemble de son patrimoine, le droit privé n'en a pas moins assorti le principe d'exceptions, permettant aux personnes privées de bénéficier d'une « *immunité réelle minimale spéciale* »<sup>306</sup> concernant certains biens.

C'est ainsi, et la liste est longue, que la loi du 9 juillet 1991, assortie du décret de 1992, a prévu de nombreux cas d'insaisissabilité, dont certains consacrés depuis longtemps. Nous nous bornerons à donner simplement quelques exemples « révélateurs »<sup>307</sup>.

- On trouve tout d'abord les biens insaisissables par nature ou par volonté de la loi. On peut entendre par l'expression « insaisissable par nature », le caractère personnel du bien qui rattache indéfectiblement celui-ci à son propriétaire. On y trouve notamment les biens meubles souvenirs de famille ou les manuscrits d'œuvres littéraires ou musicales non tombées dans le domaine public. Pour les biens que la loi déclare insaisissables, on peut notamment penser aux biens nécessaires au fonctionnement des syndicats<sup>308</sup>, ou au pécule de libération des détenus<sup>309</sup>.
- On trouve ensuite les sommes provenant de créances insaisissables : sont ainsi déclarés insaisissables les pensions alimentaires (stricto sensu), le revenu minimum d'insertion<sup>310</sup>, le remboursement des frais médicaux, chirurgicaux ou pharmaceutiques<sup>311</sup>, ou encore les droits d'auteur dans certaines limites.

---

<sup>305</sup> Analogie à laquelle s'était livrée de manière un peu risquée la Cour d'appel de Paris du 18 mars 1986 : « (...) qu'en effet il apparaît que, par analogie avec les dispositions de l'article 2092 du Code civil déclarant insaisissables les biens mobiliers nécessaires à la vie et au travail du saisi et de sa famille, il y a lieu de dire que la nécessité de préserver la continuité du service public n'impose nullement de placer tous les biens de l'établissement débiteur ou certaines catégories de ses biens en dehors de toute saisie ».

<sup>306</sup> P. Julien et G. Taormine, « *Voies d'exécution et procédures de distribution* », LGDJ, Coll. Manuel, 2000, § 73.

<sup>307</sup> Nous renvoyons pour davantage de précision à l'ouvrage de P. Julien et G. Taormine (Ibid.) remarquable de concision.

<sup>308</sup> Article L. 411-12 alinéa 2 du Code du travail.

<sup>309</sup> Article 728-1 du Code de procédure pénale.

<sup>310</sup> Article 31 alinéa 1 de la Loi du 1<sup>er</sup> décembre 1988.

<sup>311</sup> Article L. 321-1 du code de sécurité sociale et suivants.

- Puis les objets de la vie quotidienne, notamment ceux, au titre de l'article L. 14.4°, « nécessaires à la vie et au travail du saisi et de sa famille ». Dans cette catégorie, sont déclarés insaisissables : les vêtements, la literie, les objets et produits nécessaires aux soins corporels et à l'entretien des lieux, les appareils de chauffage, de conservation et de préparation des denrées alimentaires, de lavage, ou encore les objets et livres nécessaires à la poursuite des études, les instruments de travail nécessaires à la poursuite d'une activité...<sup>312</sup>. Ces biens redeviennent néanmoins saisissables dès lors qu'ils prennent place dans une résidence secondaire. Enfin, dans cette catégorie, figurent également les objets indispensables aux personnes handicapées ou destinés aux soins des personnes malades<sup>313</sup>.
- On ajoutera enfin que certains biens sont insaisissables au titre du droit de la famille, avec la problématique notamment des comptes communs aux époux.

L'énumération non exhaustive des biens insaisissables appartenant aux personnes privées ne doit pas tromper l'observateur, au regard du nombre des exceptions exposées, sur leur caractère relatif. En effet, ces biens insaisissables, même pris dans leur totalité, ne représentent qu'une valeur très relative au regard de certaines dettes<sup>314</sup>. Ceci est d'autant plus vrai que, si l'on peut tirer certains traits généraux, ces insaisissabilités sont admises dans la limite des besoins vitaux. Elles en cas de manœuvre ou de fraude ainsi que lorsque les biens présentent par leur rareté ou leur caractère exceptionnel une valeur marchande importante<sup>315</sup>.

C'est en réalité davantage dans la forme que l'insaisissabilité conférée aux personnes privées doit interroger le publiciste. D'une part, une insaisissabilité est conférée aux personnes privées ce qui en fait *ipso facto* une dérogation au principe selon lequel seules les personnes publiques en bénéficient. D'autre part, cette insaisissabilité n'étant que partielle, elle répond à la notion même d'insaisissabilité qui présuppose que seuls certains biens en bénéficient. Partant de là, l'insaisissabilité des propriétés privées consacre surtout la notion de « patrimoine d'affectation », c'est-à-dire de patrimoine insaisissable en raison précisément de leur affectation, c'est-à-dire de leur utilité à quelque chose de précis.

Cette notion, consacrée dans les pays anglo-saxons notamment autour de l'appellation de « patrimoine buts »<sup>316</sup> ou de « trust »<sup>317</sup>, est censée être étrangère à notre droit qui ne consacre

<sup>312</sup> Pour une liste plus détaillée, voir p. Julien et G. Taormine (préc. note n° 306). § 93.

<sup>313</sup> Article L. 14.5° du Code de procédure civile.

<sup>314</sup> Ainsi, pour exemple dans l'affaire mettant aux prises la SNCF au GARP, ce dernier demandait de valider des saisies-arrêts pour une valeur de 100 millions de Francs.

<sup>315</sup> Ainsi par exemple un taxi, bien qu'instrument de travail, échappe probablement à l'insaisissabilité en raison de sa valeur importante. Voir en ce sens Benoît Nicod, *Immunités et insaisissabilités*, LPA, 19 janvier 1993, n° 3, p. 20.

<sup>316</sup> C'est le cas notamment en Allemagne. Pour une explication, voir J. Morand-Devillers, préc. note n° 269, p. 162.

la notion d'affectation qu'au regard des personnes publiques. Dans cette conception de l'insaisissabilité, les biens ne sont protégés qu'au regard d'une approche finaliste, c'est-à-dire selon leur degré d'utilité. Si l'on peut trouver des caractères généraux aux biens privés frappés d'insaisissabilité, il en ressort que ceux-ci en bénéficient car ils sont « un minimum vital » nécessaire d'une part à assurer un niveau de vie minimal et des conditions de vie décentes au saisi et à sa famille, d'autre part à lui permettre aussi de retrouver ou d'assurer la pérennité de son emploi : l'insaisissabilité du matériel nécessaire au travail du saisi ainsi que par exemple l'insaisissabilité du téléphone fixe militent en ce sens.

Par humour on pourrait en conclure que « *l'affectation au service public vaut bien une machine à laver le linge* »<sup>318</sup>. Dépassé ce stade, il faut bien cependant trouver dans le droit privé une certaine exemplarité à ne réserver l'insaisissabilité qu'aux seuls biens grevés d'une « affectation » spécifique. Celle-ci, si l'on voulait prendre un raccourci, ressemble alors fortement à une affectation d'intérêt général.

### **B) L'insaisissabilité des biens privés nécessaires à la continuité du service public**

La plupart du temps, les auteurs présentent une *summa divisio*, que d'ailleurs nous avons reprise, et que l'on peut schématiser ainsi : seules les personnes publiques sont insaisissables ; donc les personnes privées sont soumises aux voies d'exécution du droit commun. Il faut dire que le rattachement organique de l'insaisissabilité plaide pour une rigidité de conclusions. Et pourtant, la démonstration est empreinte d'inexactitudes. D'abord, comme nous venons de le constater, l'insaisissabilité des personnes publiques n'est pas exclusive de l'insaisissabilité partielle des personnes privées. Aussi, ce n'est pas l'insaisissabilité qui sert de *distinguo* entre les personnes publiques et privées mais l'immunité : seules les personnes publiques bénéficient d'une immunité.

Partant de là, il pouvait en effet se poser la question de l'immunité dont jouiraient les gestionnaires privés de service public. M. Moysan<sup>319</sup> relevait que plusieurs raisons auraient pu jouer en ce sens. Tout d'abord, une dissociation entre activités commerciales et activités de service public aurait pu être avancée, d'autant plus que la jurisprudence l'avait déjà opérée au titre de l'imposition des règles de concurrence<sup>320</sup>. En outre, l'insaisissabilité partielle dont

---

<sup>317</sup> Pour une explication plus complète, voir Jean-François Brisson, « *L'incidence de la Loi du 20 avril 2005 sur le régime des infrastructures aéroportuaires* », *AJDA* 3 Octobre 2005, p. 1835 et ss.

<sup>318</sup> Benoît Plessix. Préc. note n° 29, § 12.

<sup>319</sup> Hervé Moysan, Note sous l'arrêt Cass, 15 novembre 1995, Cusset c/ CRAVAM, *DA*, Août-Septembre 1996, p. 1 et ss

<sup>320</sup> TC, 6 Juin 1989, Ville de Pamiers, *RFDA*, 1989, p. 465.

certaines biens des personnes privées sont affublés aurait pu être étendue. Enfin, l'auteur notait que la jurisprudence avait déjà limité l'application du droit privé à certaines propriétés privées en estimant que ces dernières étaient grevées d'une affectation perpétuelle au service public (en l'espèce de la navigation)<sup>321</sup>.

L'élan fut quoi qu'il en soit brisé par la Cour de cassation<sup>322</sup> qui, en dépit du moyen fondé sur le fait que les ressources de la CRAVAM avaient pour unique but de lui permettre de gérer un service public, avait validé les saisies-arrêts à l'encontre de l'organisme privé.

On présente une nouvelle fois cet arrêt de principe comme le corollaire inversé du principe d'insaisissabilité. Or, cet arrêt signifie en réalité que la qualité de gestionnaire n'est pas invocable pour s'extraire des voies d'exécution du droit commun.

Il ne signifie pas que les biens nécessaires à assurer la continuité et la régularité du service public sont saisissables, le moyen tiré de la méconnaissance du principe constitutionnel de continuité des services publics n'ayant même pas été invoqué par le requérant.

En d'autres termes, ce n'est pas la qualité de gestionnaire d'un service public qui pourrait générer l'insaisissabilité mais le simple fait que les biens faisant l'objet d'une saisie pourrait nuire au bon fonctionnement du service. Le principe de continuité des services publics, seul principe que M. Rolland qualifiait lui-même de « Loi »<sup>323</sup>, semble en effet faire obstacle à toute saisie qui aurait pour effet d'en priver l'efficacité. Les Lois du service public étant applicables à tous les services publics, que leur gestionnaire soit privé ou non, il semble donc que cette mesure fasse obstacle à l'insaisissabilité. Certes, en cas de défaillance du gestionnaire, la personne publique serait dans l'obligation de prendre sa suite<sup>324</sup>. De même, la convention de délégation pourra être résiliée à tout moment, notamment en cas de défaillance du délégataire. Il n'en demeure pas moins que, au moins temporairement, les biens nécessaires à assurer la régularité et la continuité du service public ne semblent pouvoir être saisis.

Notre propos n'a pas pour objet de « plaider » en faveur d'une insaisissabilité de principe des gestionnaires de service public (d'autant que ça n'est pas notre sujet), mais tout juste de rappeler qu'un principe constitutionnel s'oppose à ce que l'on aille « au bout » de la saisie lorsque celle-ci est de nature à compromettre l'efficacité du service public. De

---

<sup>321</sup> CE, 30 mars 1928, Min. des travaux publics c/ Esquirol, *DP*, 1929,3, p. 13 à propos d'un concessionnaire de service public.

<sup>322</sup> Cass, 15 novembre 1995, Cusset c/ CRAVAM, *DA*, Août-Septembre 1996, p. 1 et ss, note Moysan.

<sup>323</sup> Voir Pierre-Laurent Frier, et Jacques Petit, « *Précis de droit administratif* », Ed. Montchrestien, Domat droit public, 4<sup>ème</sup> ed., 2006.

nombreux auteurs notent également cette réserve à leur développement<sup>325</sup>, en citant la décision du Conseil constitutionnel du 21 juillet 1994<sup>326</sup> selon laquelle les mesures conservatoires ou d'exécution forcée « *ne sauraient avoir pour effet d'interrompre le fonctionnement du service public* ».

C'est donc une précision importante dans la mesure où elle affaiblit visiblement la nécessité de rattacher l'insaisissabilité au seul critère organique.

## **2) De l'insaisissabilité des biens privés nécessaires à la continuité du service public... à la mise en place d'un critère fonctionnel ?**

Le pas allait être franchi pas les récentes lois de privatisation qui, tout en transformant des EPIC en sociétés anonymes de droit privé, allait néanmoins leur conférer une insaisissabilité sur les biens nécessaires à la continuité et la régularité des services publics dont ils ont la charge. La loi du 20 avril 2005 relative aux aéroports<sup>327</sup>, et plus particulièrement à la transformation en SA d'Aéroports de Paris (ADP), allait concrétiser cette mutation (B). Auparavant des précédents textuels et des signes avant-coureurs, notamment proférés par le Conseil constitutionnel, avaient annoncé cette évolution (A).

### **A) Les précédents textuels**

Au-delà de la reconnaissance d'une partielle insaisissabilité des biens privés, le législateur semblait déjà avoir ouvert la brèche, notamment par l'entremise des lois du 5 janvier 1988<sup>328</sup> et du 25 juillet 1994<sup>329</sup> sur la possibilité de consentir des droits réels sur le domaine public. Mettant fin à un « tabou » sur ce point, le Conseil constitutionnel<sup>330</sup> avait validé la dernière loi au prix d'une appréciation constructive de l'inaliénabilité qui, selon lui, n'empêchait aucunement la constitution de droits réels mais toute cession opérée sans déclassement préalable.

---

<sup>324</sup> Jurisprudence constante sur ce point : 13 Novembre 190, Ville de Royan, *Rec.* p. 683

<sup>325</sup> On citera ainsi notamment M. Gentili, préc. note n°42, § 11 et 52, m. M. Claisse, préc. note n°16, § 1612-17 et 1612-36.

<sup>326</sup> Conseil constitutionnel, 21 Juillet 1994, Loi relative à la constitution de droits réels sur le domaine public, DC N°94-346, *Rec. Cons. const.*, p. 96.

<sup>327</sup> Loi n° 2005-357 du 20 Avril 2005 relative aux aéroports, *JO*. 21 avril 2005, p. 6969.

<sup>328</sup> Préc. note n° 301

<sup>329</sup> Loi n° 94-531 du 25 juillet 1994 relative à la constitution de droits réels sur le domaine public, *JO* 26 juillet 1994, p. 10749.

<sup>330</sup> Conseil constitutionnel, 21 Juillet 1994, Loi relative à la constitution de droits réels sur le domaine public, DC N°94-346, *Rec. Cons. const.*, p. 96.

De même, était-il loisible pour le législateur d'écarter le principe d'insaisissabilité au cas par cas, à l'instar de l'interdiction de recourir à l'arbitrage qui reçoit une application nuancée. La loi du 11 décembre 2001<sup>331</sup> relative à la Poste, procédant au déclassement des biens de l'établissement public, avait ainsi semé le doute en disposant que les biens pouvaient être « *librement gérés et aliénés dans les conditions de droit commun* ». Ceci aurait laissé penser notamment que ces biens n'étaient plus insaisissables et que des sûretés réelles pouvaient être constituées sur ces derniers.

A ces lois qui tentaient de « décrystalliser » les règles applicables en matière de propriété publique, des lois concernant des personnes privées allaient opérer un « saut qualitatif » en instaurant une insaisissabilité sur certains de leurs biens. C'est ainsi notamment que la loi du 4 janvier 2002 relative aux musées de France<sup>332</sup> allait, par le biais de ses articles 4 et 11<sup>333</sup>, conférer aux personnes morales de droit privé à but non lucratif détentrices de collections des musées de France l'insaisissabilité de ces collections (dès lors qu'acquises par dons, legs ou avec le concours de l'Etat ou des collectivités territoriales).

Plus récemment, l'ordonnance du 29 juin 2005 relative à la transformation d'OSEO ANVAR en société commerciale<sup>334</sup>, allait dans son article 12 consacrer l'insaisissabilité des aides étatiques affectées à la recherche industrielle.

Par analogie, on pourrait dire que cette insaisissabilité est pleinement justifiée par un critère fonctionnel : affectation au service public culturel dans le premier cas, affectation au service public de la recherche dans le second.

Enfin, et de manière plus décisive encore, La loi du 20 avril 2005 relative aux aéroports, et particulièrement à ADP, allait transférer les biens à la nouvelle société anonyme, tout en les grevant d'une servitude légale d'affectation au service public... Ce qui conduisit dès lors à reconnaître aux personnes privées une insaisissabilité des biens nécessaires à la continuité et à la régularité du service public.

---

<sup>331</sup> Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 relative à la Poste.

<sup>332</sup> Loi n° 2002-5 du 4 janvier 2002 relative aux musées de France, *JO* 5 janvier 2002.

<sup>333</sup> Codifiés désormais aux articles L 442-1 et L 451-10 du Code du patrimoine.

<sup>334</sup> Ordonnance n° 2005-722 du 29 Juin 2005, *JO* 30 Juin 2005.

## **B) La loi du 20 Avril 2005 relative aux aéroports**

Comme le montre les études à ce sujet<sup>335</sup>, la privatisation d'Aéroports de Paris (ADP) était du domaine de l'urgence : la concurrence ouverte avec les autres gestionnaires d'aéroports fragilisait le n° 2 mondial, des besoins de financement aigus se faisaient ressentir, de même qu'il apparaissait que le principe de spécialité qui le liait entravait sa liberté commerciale. Et ce même si jusqu'alors ADP frisait la légalité dans ce domaine par la constitution de filiales hautement dérogoires au principe de spécialité.

La loi du 20 avril 2005 allait entériner la transformation d'ADP en SA, avec, transitoirement tel qu'il en ressortait des travaux du législateur, la participation intégrale de l'Etat. Si cette loi a fait couler beaucoup d'encre, c'est avant tout pour les mécanismes complexes qu'elle met en place afin de garantir aux installations aéroportuaires, transférées en pleine propriété à la nouvelle personne privée ADP, qu'elles continueront d'être affectées à une mission de service public. Ces biens affectés à une mission de service public sont grevés d'une protection toute particulière, l'article 6 leur conférant inaliénabilité et insaisissabilité : *« Lorsqu'un ouvrage ou terrain appartenant à ADP et situé dans le domaine aéroportuaire est nécessaire à la bonne exécution par la société de ses missions de service public ou au développement de celles-ci, l'Etat s'oppose à sa cession, à son apport, sous quelque forme que ce soit, à la création d'une sûreté sur cet ouvrage ou terrain, ou subordonne la cession, la réalisation de l'apport ou la création de la sûreté à la condition qu'elle ne soit pas susceptible de porter préjudice à l'accomplissement desdites missions »*. L'article 6 disposant enfin que *« Le cahier des charges d'ADP fixe les modalités d'application du 1<sup>er</sup> alinéa, notamment les catégories de bien en cause »*.

Par *« une sorte de pied de nez aux théoriciens de l'efficience économique »*<sup>336</sup>, le législateur a donc franchi le pas en concédant aux biens d'une personne privée, inaliénabilité et insaisissabilité des biens affectés aux missions de service public. En réalité, la loi crée un régime spécial *« taillé sur mesure »*<sup>337</sup>, où les biens d'ADP sont grevés d'une servitude légale d'affectation au service public, ce qui peut étonner au niveau de la technique juridique.

En effet, l'inaliénabilité du domaine public implique en théorie à la fois désaffectation et déclassement. Là, si l'Etat décline les biens, condition nécessaire pour opérer le transfert de

---

<sup>335</sup> Voir notamment Jean Dufau, *« Le changement de statut d'Aéroports de Paris »*, JCP A, 4 juillet 2005, p. 1077. Et surtout voir l'excellent article de Jean-François Brisson, *« L'incidence de la Loi du 20 avril 2005 sur le régime des infrastructures aéroportuaires »*, AJDA 3 Octobre 2005, p. 1835 et ss.

<sup>336</sup> Jean-François Brisson, *ibid.*

<sup>337</sup> *Ibid.*

propriété, il ne les désaffecte pas, en respectant par là même les prescriptions législatives, mais également constitutionnelles en vertu du principe de continuité des services publics. Qui plus est, l'affectation qui en droit public interne est censée ne relever que de la personnalité publique, est ici reconnue à des biens appartenant à des personnes privées.

D'aucun n'y verront pas « *l'actualité des analyses de René Capitant* »<sup>338</sup> qui, en effet, dans ses conclusions sous l'affaire Commune de Barran<sup>339</sup>, avait plaidé pour une vision de l'inaliénabilité liée à l'affectation, c'est-à-dire à la fonction d'un bien, et non fondée sur la propriété.

Reprenant une jurisprudence constante, le Conseil constitutionnel allait juger que le déclassement des biens d'ADP ne saurait avoir pour effet de priver de garanties les exigences constitutionnelles de continuité des services publics<sup>340</sup>. En validant la loi, le Conseil constitutionnel faisait précisément usage du seul principe constitutionnel qu'il connaît en la matière, le principe de continuité et de régularité des services publics. La loi ayant pour effet précisément d'assurer l'efficacité de ce principe, il y avait tout lieu de penser dès lors qu'il ne la censurerait pas. Ainsi, ce qui pèse sur le législateur, ce n'est pas tant les règles relatives la propriété publique que les règles issues de la protection constitutionnelle de continuité des services publics

Conformément à l'alinéa 2 de l'article 6, un décret du 22 juillet 2005 est venu préciser quels sont les biens frappés d'insaisissabilité : il s'agit essentiellement des pistes, aérogares, dépôt de stockage de carburants, aire de stationnement, réseaux d'eaux, d'électricité, de télécommunications<sup>341</sup>.

Comme le souligne le professeur Brisson « *loin de traduire la disparition du domaine public (...), la méthode de nature énumérative en révèle au contraire les logiques sous-jacentes* »<sup>342</sup>, puisque en effet, il est de l'essence même du domaine public, de lister les biens dont l'utilité est telle qu'elle mérite protection. Certains pourraient penser que c'est un comble que désormais l'on confère une insaisissabilité partielle à des personnes privées, après avoir démontré la nécessité de toute entreprise de valoriser ses biens par l'investissement privée et donc la constitution de garanties.

---

<sup>338</sup> Jean-François Brisson, « *L'incidence de la Loi du 20 avril 2005 sur le régime des infrastructures aéroportuaires* », *AJDA* 3 Octobre 2005, p. 1835 et ss.

<sup>339</sup> Note René Capitant sous CE, 17 février 1933, Commune de Barran, *D.* 1933.3, p. 49.

<sup>340</sup> CC, 14 avril 2005, DC n° 2005-513, Loi relative aux aéroports (*JO* du 21 Avril 2005, p. 6974). Voir également les décisions DC N° 79-105, 25 juillet 1979 (préc. note n° 23) et DC N°94-346, 21 Juillet 1994 (préc. note n° 301).

<sup>341</sup> Décret n° 2005-828 du 20 Juillet 2005 (*JO* du 22 Juillet 2005), les biens en question étant énuméré à l'article 53 du cahier des charges visé en annexe.

<sup>342</sup> Jean-François Brisson, préc. note n° 317.

Mais en réalité, il semble en l'espèce que le décret ait listé de manière adéquate les biens insaisissables, laissant ainsi à ADP le soin de valoriser les éléments de son domaine à forte potentialité tels que les parkings, les halls aéroportuaires... Ce n'est pas le moindre paradoxe d'une telle loi que d'amoindrir la consistance du domaine public tout en révélant son essence propre à savoir l'affectation et la protection des biens publics. *« Forçant le trait, on pourrait dire que le droit domanial est une branche du droit des services publics et non du droit des biens. Les biens ne sont jamais que des moyens mis au service d'une fin et c'est leur destination qui justifie le régime auquel la loi les soumet ».*<sup>343</sup>

Au-delà du domaine public par nature « affecté », il ne faut pas perdre de vue l'objet de notre propos qui est de constater que le critère fonctionnel devient dans cette optique la quintessence de la protection des biens publics. Mais, au-delà du domaine public, de nombreux biens sont affectés, tout du moins sont nécessaires pour assurer la continuité et la régularité d'un service public, qu'ils appartiennent au domaine privé... ou à une personne privée. Il apparaît donc qu'on puisse augurer en la matière d'une « inflexion fonctionnelle » de notre droit. Or, au regard notamment du droit communautaire, cette inflexion apparaît comme une exigence, tant l'évolution du droit public est commandée par l'approche finaliste communautaire. En matière d'insaisissabilité et plus généralement de protection des biens publics, il semble que cette évolution est « mûrement » réfléchie : la persistance, dès l'après guerre, des allusions au critère fonctionnel pour limiter le champ de l'insaisissabilité en témoigne. Chez nos voisins européens, certains Etats ont déjà opté pour une limitation du champ de l'insaisissabilité par l'adjonction d'un critère fonctionnel, tout comme en droit international public où la notion d'affectation est primordiale.

En proposant une solution en ce sens, le but est alors de démontrer que, d'abord, cette évolution est souhaitable dans le sens de l'unité et de la cohérence juridique interne, ainsi qu'au regard de la méthode communautaire d'appréhension du droit. Ensuite, la réduction du champ de l'insaisissabilité par l'adjonction du critère fonctionnel répond aux trois écueils principaux de la position actuelle, par ses effets positifs : valorisation des propriétés publiques, absence de violation des règles de concurrence, exécution optimisée des décisions de justice par l'Administration.

---

<sup>343</sup> Jean-François Brison, préc. note n° 317.



## **Titre II- L'établissement d'un critère fonctionnel : une adaptation exigée**

L'établissement d'un critère fonctionnel au soutien du critère organique apparaît comme une préoccupation ancienne de la doctrine, soucieuse depuis longtemps de réduire le champ trop vaste de l'insaisissabilité. Que ce soit au regard de précédents textuels ou jurisprudentiels en droit interne qui militent en ce sens, ou plus aisément par un simple regard sur les solutions édictées en droit comparé, en droit international, ou en fonction de l'approche communautaire, il apparaît que le critère fonctionnel a toujours manifesté sa constance dans le temps et sa prévalence dans les options juridiques. Cette prévalence peut même tendre à l'autonomie, le critère fonctionnel jouissant d'une consécration constitutionnelle à laquelle les sages ont entendu donner une certaine forme de plénitude (**Chapitre 1**).

L'aboutissement de cette argumentation sera nécessairement la formalisation textuelle d'un critère fonctionnel, dont il faudra déterminer le champ matériel mais aussi le cadre normatif appropriés.

Le choix tranché en faveur d'une dualité de critères cumulatifs fondant l'insaisissabilité des propriétés publiques, obèrera de conséquences dynamiques dont les apports seront mesurables au niveau du contentieux et de l'optimisation des voies d'exécution administratives, mais également au niveau de l'approche patrimoniale de valorisation des propriétés publiques. En outre, alors que le débat sur l'insaisissabilité avait été relancé sur le terrain des distorsions de concurrence par le droit communautaire, il apparaîtra que le choix retenu, loin de le méconnaître, est au contraire compatible avec les prescriptions de la Commission (**Chapitre 2**).

### **Chapitre 1 : Constance et prévalence du critère fonctionnel en droit interne et comparé**

« *Illustre vieillard* »<sup>344</sup>, pour les uns, « *Phénix renaissant de ses cendres* »<sup>345</sup> pour les autres, la notion de service public est encline à la formulation métaphorique, tant il est vrai

---

<sup>344</sup> D. Truchet, « Nouvelles récentes d'un illustre vieillard : label de service public et statut de service public », AJDA, 1982, p. 427.

<sup>345</sup> Benoît Plessix, préc. note n° 29.

que la notion est résurgente. Il semble en effet que les mutations annoncées de l'insaisissabilité des biens public présagent de son « *éternelle jeunesse* »<sup>346</sup>, qui, dans le cadre de notre sujet, se manifeste par la constance des références textuelles, jurisprudentielles et doctrinales appelant à l'adjonction du critère fonctionnel au critère organique (**Section 1**).

Un simple coup d'œil sur les ordres juridiques comparés suffit à s'en convaincre, certains états ont en effet dépassé le caractère absolu de l'insaisissabilité, archétype jusqu'alors de la règle de puissance publique (**Section 2**).

## **Section 1 : La permanence et l'autonomie des références au critère fonctionnel**

Le but de cette section est de démontrer combien le critère fonctionnel a toujours été invoqué pour gager d'une mutation de l'insaisissabilité des propriétés publiques, même par le législateur jusqu'à ce que la doctrine la plus récente, en amont de la rédaction du Code général de la propriété des personnes publiques, propose textuellement une limitation fonctionnelle de l'insaisissabilité (**1**). Cette limitation trouve un relais fondamental dans la consécration du principe de régularité et de continuité des services publics dont le Conseil constitutionnel a eu soin d'assurer la protection et l'extension (**2**).

### **1) Le critère fonctionnel, appui du critère organique**

Cette persistance du critère fonctionnel s'est manifestée tout à la fois dans le cadre normatif et jurisprudentiel (**A**), mais aussi, au niveau doctrinal, par le débat incessant portant sur l'intérêt d'adjoindre au critère organique un critère fonctionnel (**B**).

#### **A) Les précédents appelant à la mise en place d'un critère fonctionnel**

La proposition d'adjoindre un critère fonctionnel tempérant le critère organique n'est pas inconnue : des précédents normatifs (**1**) tout comme des précédents jurisprudentiels (**2**) ont crédibilisé cette alternative.

---

<sup>346</sup> Benoît Plessix, préc. note n° 29.

## 1- Les précédents normatifs

Au-delà des lois récentes qui ont donné une insaisissabilité à certains biens détenus par les personnes privées (voir p. 84-89), plusieurs précédents normatifs attestent, de manière directe ou indirecte, d'une remise en cause partielle de l'insaisissabilité ou de ses effets, par l'adjonction d'une réserve de nature fonctionnelle.

C'est tout d'abord, de manière indirecte, que certains textes sont venus remettre en cause le principe d'insaisissabilité, en permettant aux personnes publiques de grever certains de leurs biens de sûretés réelles. On trouve dès le 18<sup>ème</sup> siècle des lois en ce sens. La loi du 24 octobre 1792 prévoyait ainsi, pour réduire le déficit des finances publiques, l'émission d'assignats gagés sur les domaines nationaux. Un peu plus tard, la loi du 2 Nivôse an IV permettait de disposer des objets de commerce et du mobilier de la République par vente, échange ou engagement<sup>347</sup>. Plus près de nous enfin, l'article L. 2541-12-4° du Code général des collectivités territoriales prévoit, au titre dérogatoire des communes d'Alsace-Moselle, que celles-ci peuvent délibérer de « *l'acquisition, l'aliénation ou la nantissement des biens communaux* ». Ceci offre donc une possibilité de gager sur des biens du domaine privé. Si ces lois ne citent pas expressément le critère fonctionnel comme facteur de limitation, l'analyse sous-jacente permet de le déceler puisque seuls les biens du domaine privé, par présomption (certes pas irréfragable) non affectés à l'usage du public ou à un service public, sont susceptibles de nantissement.

Plus explicite, l'article L. 311-9 du Code des communes, abrogé (seulement) par la loi du 8 mars 1982, disposait que « *La vente des biens mobiliers des communes, autres que ceux servant à un usage public, peut être autorisée, sur la demande de tout créancier porteur d'un titre exécutoire, par arrêté du préfet qui détermine les formes de la vente* ». Ce procédé excluait donc clairement toute vente (et par la même saisie) de biens ayant un « usage public » ce qui contient notamment les biens affectés à l'usage du public ou à un service public. Ce procédé n'est pas sans rappeler les dernières jurisprudences où, dans les affaires Société de gestion du Port de Campoloro, le préfet procéda à la vente des biens communaux, dans l'unique réserve de ne pas « *porter atteinte à la continuité et à la régularité des services publics* »<sup>348</sup>.

---

<sup>347</sup> Lois citées par M ; Yolka, préc. note n° 5

<sup>348</sup> Voir les jurisprudences précitées, note n° 226.

Enfin, et ce même si cette loi fut avortée, le projet général de statut des entreprises publiques<sup>349</sup> est révélateur d'une approche fonctionnelle, puisqu'il dissociait les entreprises publiques en deux catégories, A et B<sup>350</sup>. Les premières, de catégorie A, étaient celles qui géraient un service public d'intérêt général en situation de monopole ou quasi-monopole. Le statut prévoyait ainsi que seules ces dernières verraient l'ensemble de leurs biens insaisissables<sup>351</sup>. En outre, les procédures de faillite et de règlement judiciaire ne leur étaient pas applicables<sup>352</sup>.

Dans un autre domaine, celui des voies d'exécution à proprement parler, une approche fonctionnelle peut également être décelée dans la loi du 30 juillet 1987<sup>353</sup> qui a consacré la possibilité pour le juge administratif de prononcer des injonctions et astreintes aux organismes de droit privé chargés de la gestion d'un service public. C'était là reconnaître que les gestionnaires de service public sont en partie assimilables aux personnes publiques en raison de la spécificité de la mission exercée. Ce n'est pas le moindre des paradoxes de constater qu'un gestionnaire privé de service public est donc à la fois soumis aux procédures civiles d'exécution et aux voies d'exécution administratives. Et ce alors que la loi du 16 Juillet 1980 avait été présenté comme le corollaire de l'insaisissabilité... applicable aux seules personnes publiques.

## **2- Les précédents jurisprudentiels**

Il est remarquable de constater que, dès les années 30, les juridictions civiles et administratives ont pris soin de mentionner comme justification de l'insaisissabilité le fait que cette mesure était de nature à protéger l'objectif de continuité des services publics. Cette justification peut apparaître superfétatoire dans la mesure où seul le critère organique était censé déterminer l'applicabilité de cette prérogative. Or, nombreux sont les tribunaux, au soutien de leur conclusion qui invoquent le critère fonctionnel. Nous nous bornerons à quelques exemples.

---

<sup>349</sup> Loi du 31 juillet 1948, *JO* du 31 Juillet 1948. Pour une étude complète, nous renvoyons à M. Virally « *Remarques sur le projet de loi portant statut général des entreprises publiques* », *RA*, 1950, p. 355.

<sup>350</sup> Voir sur ce point un commentaire critique de M. Lavau, note sous CA Aix en Provence, 30 novembre 1949, *SNEP c/ Esposito*, *JCP*, II, 5245

<sup>351</sup> Article 40 du projet : « *Les créanciers ne peuvent ni saisir, ni vendre les biens qui font partie du patrimoine d'affectation de l'entreprise A* ».

<sup>352</sup> Voir en ce sens Louis Jacquignon, préc. note n°6, § 64-65.

<sup>353</sup> Article 90-I de la Loi n° 87-588 du 30 Juillet 1987 portant diverses mesures d'ordre social, *JO* 31 Juillet 1987, p. 1799-1800.

Le juge judiciaire tout d'abord, dans deux arrêts présentés comme fondateurs du principe d'insaisissabilité, eut l'occasion de poser cette limite. Tout d'abord par un jugement du Tribunal civil de la Seine<sup>354</sup> qui indiqua que: « *Attendu (...) qu'il importe en effet que le fonctionnement de ces établissements, chargés d'assurer des services publics dans l'intérêt général, ne puisse être paralysé ou entravé pour satisfaire à des intérêts privés, si respectables qu'ils soient* ». Cette position fut renouvelée par l'arrêt de la Cour de cassation du 7 février 1938, qui, dans son attendu de principe, estima qu'une saisie-arrêt ne saurait « *frapper d'indisponibilité aux mains des comptables qui les détiennent les fonds d'une commune et priver celle-ci des ressources sans lesquelles les services municipaux ne pourraient fonctionner* ».

Dans le cadre des controverses doctrinales, le critère fonctionnel servit naturellement d'élément supplémentaire à mettre au registre du « faisceau d'indices », méthode à laquelle se livrèrent les juges du fond dans de nombreux arrêts. Nous prendrons un exemple des plus probants, tiré de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 18 mars 1986<sup>355</sup> : « *Mais considérant que, en l'espèce, la qualité du débiteur, établissement public chargé d'un service public, impose seulement de limiter l'effet des saisies aux biens qui ne sont pas strictement nécessaires à la sauvegarde de la continuité du service public* ».

Enfin, si le Conseil d'Etat n'eut guère à se pencher sur la question en formation contentieuse, il intervint à plusieurs reprises dans le cadre de sa formation consultative. Dans son avis du 16 mars 1948<sup>356</sup>, la section des Travaux du Conseil d'Etat estima, à propos des entreprises de gaz et d'électricité nouvellement nationalisées que, « *toutes les lois de nationalisation portent la marque de la volonté bien arrêtée du Législateur d'organiser la gestion des entreprises nationalisées conformément aux méthodes et aux usages suivies par les entreprises industrielles et commerciales de droit privé* ». Il en tira la conclusion que l'opposabilité du privilège d'insaisissabilité était inopérante, « *la saisie de l'actif* » étant possible. Cette position était pour le moins surprenante dans la mesure où, par exemple, EDF et GDF, avaient été constitués sous la forme d'établissement public et donc jouissaient de la personnalité publique.

Plus tardivement l'avis du 6 février 1979<sup>357</sup> revint à une acceptation exclusivement organique de l'insaisissabilité. Cependant, dans son avis du 30 janvier 1992<sup>358</sup> le Conseil d'Etat allait

---

<sup>354</sup> Marcel Waline, Note sous l'arrêt Tribunal civil de la Seine, 18 Octobre 1933, Office national du tourisme c/ Société Hôtel d'Albe, *D*, 1934, II, p 65 et ss.

<sup>355</sup> CA Paris, 18 Mars 1986, BRGM c/ S.A Lloyd Continental, *D*, 1987, p. 310, note Benoît Nicod.

<sup>356</sup> CE avis, Section des travaux publics, 16 mars 1948, cité par Louis Jacquignon, préc. note n° 6.

<sup>357</sup> CE avis, 6 février 1979, n°323971.

émettre une réserve de nature fonctionnelle : s'il validait la possibilité de saisie-arrêt à l'encontre des personnes publiques tiers-saisi, il estimait cependant que « *La caisse reste cependant fondée à se prévaloir devant la juridiction de ce que la validation de la saisie-arrêt serait (...) de nature à compromettre la régularité ou la continuité du service public dont elle est chargée (...)* ».

Autant d'exemples jurisprudentiels qui manifestent la prévalence du critère fonctionnel qui, même à l'appui du critère organique, sert de justification ultime à l'admissibilité ou non des saisies pratiquées. Y compris en droit interne.

### **B) L'appui doctrinal**

Comme nous l'avons déjà évoqué, les controverses antérieures des années 1950 et 1980 accouchèrent de propositions doctrinales dont le point commun fut le plus souvent de tempérer le champ de l'insaisissabilité par une limitation d'ordre fonctionnel (1). Plus récemment, au gré de contrariétés relevées ou au profit d'objectifs variés, une partie de la doctrine récente repris cette héritage (2).

#### **1- Le souhait persistant d'une limitation fonctionnelle de l'insaisissabilité**

Dès l'après guerre, la doctrine inaugura une nouvelle branche temporaire du droit public, « *le droit des nationalisations* »<sup>359</sup>, qui fut l'occasion d'une accaparante discussion sur le régime des biens des entreprises publiques nouvellement constituées<sup>360</sup>.

La doctrine des années 1950 est ainsi marquée par son opposition quasi-permanente à l'extension du privilège d'insaisissabilité, d'une part aux EPIC mais, plus généralement, à toute personne publique n'assurant pas la gestion d'un service public, le critère fonctionnel servant de *summa divisio* pour le classement des nouvelles entités<sup>361</sup>.

---

<sup>358</sup> Yves Claisse, Note sous l'arrêt CE avis., n° 350.083, 30 janvier 1992, in « Les grands avis du Conseil d'Etat », 2<sup>ème</sup> ed., 2002.

<sup>359</sup> Michel Virally, « *Remarques sur le projet de loi portant statut général des entreprises publiques* », RA, 1950, p. 355

<sup>360</sup> Voir notamment les études de Georges Vedel, « *Le régime des biens des entreprises nationalisées* », CJEG, 1956, p 177-186 ; Jean Dufau, « *Remarques sur la notion d'entreprise publique* », AJDA, 1956, p. 89 et ss ; F. Luchaire., « *Le statut des entreprises publiques* », Droit social, 1947, P 253 et ss ; Louis Jacquignon, « *L'exécution forcée sur les biens des autorités et services publics* », AJDA 1958, I, p. 71.

<sup>361</sup> Voir en ce sens Jean Dufau particulièrement (Ibid) : « *Mais, en se plaçant de lege feranda, on peut bien se demander s'il ne conviendrait pas de distinguer parmi ces établissements ceux qui sont investis d'un monopole et chargés de la gestion d'un service public et ceux dont le comportement est exactement comparable à celui des entreprises commerciales et industrielles (inverse) du droit privé* ».

« *Qu'est-ce que l'Etat ? : c'est un entrepreneur de services publics* »<sup>362</sup> écrivait M. Luchaire, dont l'analyse fonctionnelle ne peut que laisser admiratif par sa modernité. Ce dernier citait au soutien de sa démonstration Léon Duguit : « *Il est des besoins d'une importance primordiale (...) dont la satisfaction est assurée par des organismes très vastes et très complexes, besoins tels que, si le fonctionnement de ces organisations s'arrête un seul instant, il en résulte une perturbation profonde qui met en péril la vie sociale elle-même* »<sup>363</sup>. Fondant dès lors la distinction entre les entreprises publiques, certes non seulement sur un critère organique, mais surtout à partir d'un critère fonctionnel, les auteurs opposaient service public et « service privé »<sup>364</sup>, distinguant ainsi l'organe gérant de l'activité gérée.

A L'instar du doyen Vedel<sup>365</sup> qui estimait que la reconnaissance aux EPIC du caractère de deniers publics de leur fonds « paralyserait » leur gestion commerciale, voire l'intérêt même de l'activité qu'ils gèrent, les auteurs appelaient alors à une limitation du privilège d'insaisissabilité par l'entremise du critère fonctionnel. En sens inverse la doctrine mettait en avant le critère essentiel de permanence des services publics pour justifier l'insaisissabilité de certains biens spécialement « affectés » à cette optique.

Certes l'analyse était plus matérielle que fonctionnelle dans la mesure où ce qui primait pour rechercher si l'insaisissabilité était justifiée, c'était de déterminer si la personne publique gèrait un service public, et non si les biens étaient strictement nécessaires à la gestion d'un service public. M. Jacquignon concluait ainsi que si le motif tiré de l'absence de tutelle financière était inapplicable aux EPIC et ne pouvait justifier l'insaisissabilité, « *il n'en reste qu'un seul autre, la gestion d'un service public auquel s'impose la loi de continuité* »<sup>366</sup>.

Cependant, les auteurs en concluaient inévitablement que seuls les biens présentant « *un intérêt essentiel* »<sup>367</sup> pour le service, ou « *absolument nécessaires à l'exécution d'un service public* »<sup>368</sup> devaient jouir de cette protection. M. Luchaire synthétisait cette position en affirmant que « *les biens indispensables au service ne peuvent en aucun cas être séparés (...). Ils font donc partie du domaine public et sont indisponibles et insaisissables* »<sup>369</sup>.

---

<sup>362</sup> F. Luchaire, préc. note n° 360.

<sup>363</sup> L. Duguit, « *Les transformations du droit public* », Ed. Collin, 1913 cité par F. Luchaire (Ibid.).

<sup>364</sup> F. Luchaire, préc. note n° 360.

<sup>365</sup> Georges Vedel, préc. note n° 360.

<sup>366</sup> Louis Jacquignon, préc. note n° 360, § 51.

<sup>367</sup> Francis Marlé, « *À propos de quelques décisions de jurisprudence relatives à l'insaisissabilité des biens d'un établissement à caractère industriel et commercial* », *CDJ*, 1950, p. 558, Cité par Louis Jacquignon, préc. note n° 360.

<sup>368</sup> Jean Dufau, préc. note n° 360, p. 96.

<sup>369</sup> F. Luchaire, préc. note n° 360.

Cette doctrine est tout a fait saisissante puisque déjà, après l'arrêt SNEP mais bien avant la consécration organique opérée par l'arrêt BRGM, les auteurs soulignaient d'une part les travers d'une telle protection, et, d'autre part, solutionnaient ces travers par l'adjonction d'un critère fonctionnel.

La controverse tirée de l'approche formelle divisa nettement « partisans »<sup>370</sup> de la solution retenue par la Cour de cassation, « opposants »<sup>371</sup>, ou, de manière plus neutre, les auteurs manifestant un certaine réserve, dubitatifs<sup>372</sup>. Au-delà du critère formel qui, d'après nous, ne saurait être accueilli en tant que tel (Voir p. 28-32), le critère fonctionnel n'était pas absent des débats. Comme nous l'avons précédemment évoqué, la Cour d'appel de Paris des 11 juillet 1984<sup>373</sup> et 18 mars 1986<sup>374</sup> avait par deux fois rattaché la limitation de la saisissabilité à un critère fonctionnel.

Il est même frappant de remarquer que les auteurs se prononçant en faveur du principe d'insaisissabilité fondé sur un critère organique, se soient attachés aussi souvent à démontrer que telle saisie aurait pour effet de nuire à la continuité et la régularité du service<sup>375</sup>. Alors que développer un tel critère paraît superfétatoire en raison de l'approche exclusivement organique. En d'autres termes, les partisans de l'exclusivité du critère organique apportaient des contre-arguments dans la mesure où, s'ils ne mettaient en cause le critère organique, ils battaient en brèche son caractère exclusif.

Si, peu à peu, la doctrine se désintéressa de la question, ces analyses furent partiellement reprises par la doctrine actuelle, d'une part en réaction à l'arrêt de la Cour de cassation *BRGM*, d'autre part, plus globalement pour répondre aux objectifs de valorisation des propriétés publiques. De même, certains soulignaient les aspects dommageables d'une telle mesure au niveau de l'exécution des décisions de justice.

## **2- Les propositions doctrinales récentes**

La conjonction de plusieurs éléments a amené la doctrine contemporaine à se saisir à nouveau de la question. L'emprise du droit communautaire sur les entreprises publiques, les

---

<sup>370</sup> Nous rangerons ici notamment M. Amselek, M. Denoix de St Marc, M Ducos-Ader (tous précités note n° 46) et M. Richer (préc. note n° 2).

<sup>371</sup> Nous rangerons ici notamment M. Gaudemet (préc. note n° 4) et M. Delvolvé (préc. note n° 38).

<sup>372</sup> Nous rangerons ici M. Pacteau (préc. note n° 1), M. Nicod (préc ; note n° 39) et, dans une moindre, mesure M. Sargos (préc. note n° 2).

<sup>373</sup> Arrêt précité note n° 46.

<sup>374</sup> Arrêt précité note n° 46.

<sup>375</sup> Nous pensons notamment à M. Ducos Ader et à son étude sur le fait que la saisie des fonds de la SNCF serait de nature à entraver la continuité et la régularité du service public géré par l'établissement public.

mutations du droit des propriétés publiques, mais surtout la rédaction du Code général de la propriété des personnes publiques, ont probablement activé le regain d'intérêt en la matière

A défaut de plaider pour l'adjonction d'un critère fonctionnel, beaucoup d'auteurs voyaient dans les lois récentes une « inflexion fonctionnelle » de notre droit, particulièrement en matière d'insaisissabilité<sup>376</sup>. Comme si le droit traduisait de lui-même cette nouvelle approche.

De même, une partie de la doctrine, s'interrogeait sur la pérennité du champ actuel de l'insaisissabilité au titre du droit européen, pour les contrariétés avec l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>377</sup>. Ou encore au titre du droit communautaire, par l'éventualité d'une assimilation de l'insaisissabilité à une aide d'Etat voire une garantie implicite<sup>378</sup>. Ainsi M. Barthélemy<sup>379</sup>, contestant l'approche organique de l'arrêt BRGM, estimait que l'insaisissabilité devait être fondée sur les seuls biens nécessaires à assurer la continuité des services publics, et ce pour toutes les personnes publiques. De même, le professeur Perrot<sup>380</sup>, au titre de l'inexécution des décisions de justice par l'Administration se demandait « *s'il ne conviendrait pas de transposer le problème du terrain de l'immunité d'exécution, parfaitement intolérable, sur celui de certains biens à raison de leur affectation directe et exclusive à leur mission de service public* ». Pour réaliser cet objectif le professeur Perrot proposait que le statut de chaque établissement public précise que tel ou tel bien est insaisissable.

Cependant, si la doctrine soulevait, dans des cadres divers, la nécessité de réformer le champ actuel de l'insaisissabilité, ce n'est que dans le cadre de la rédaction du nouveau Code général de la propriété des personnes publiques, que les propositions affluèrent.

---

<sup>376</sup> Voir M. Plessix (préc. note n° 29) et M. Brisson (préc. note n° 317) au sujet de la Loi du 20 avril 2005 relative aux aéroports.

<sup>377</sup> Voir en ce sens Stéphanie Clamens « *Vers la remise en cause du principe d'insaisissabilité des biens des personnes publiques* », *AJDA* 20 octobre 2000, p. 767, l'auteur y voyant davantage une condamnation définitive du principe d'insaisissabilité ; Elisabeth Baraduc, « *Les prérogatives de la puissance publique pour résister à l'exécution* », *RDC*, Février 2005, p. 143 et ss

<sup>378</sup> Voir en ce sens Christophe Barthélemy, « *La garantie implicite, gratuite et illimitée de l'état aux établissements publics : mythe ou réalité* », *CJEG*, n°613 – Octobre 2004, p. 423 et ss ; David Préal, « *La garantie de l'Etat à ses établissements publics : une aide incompatible avec le marché commun ?* », *LPA*, 26 Janvier 2000, n° 18, p. 4 et ss ; Michel Bazex et Sophie Blazy, « *Le statut d'établissement public recèle-t-il par nature une aide d'état ?* », *DA*, 2005, n° 5. 1996, p. 39.

<sup>379</sup> Christophe Barthélemy, « *La garantie implicite, gratuite et illimitée de l'état aux établissements publics : mythe ou réalité* », *CJEG*, n°613 – Octobre 2004, p. 423 et ss.

<sup>380</sup> Roger Perrot « *Rapport français* » in « *Travaux de l'association Henri Capitant* » relatif à L'exécution des décisions de justice, T XXXVI, *Economica* 1987.

En amont, c'est l'Institut de la gestion déléguée (IGD) qui par ses travaux préparatoires soumit une piste de réflexion audacieuse<sup>381</sup>. Après avoir rappelé les causes, essentiellement économiques (valorisation des propriétés publiques par l'investissement privé, constitutions de garanties...), exigeant une telle mutation, le rapport de l'IGD pointait la double difficulté au niveau de la formalisation textuelle : « *De méthode d'abord car il s'agit de revenir sur une jurisprudence, non sur un texte. De fond ensuite, car la prohibition des voies d'exécution du droit privé doit demeurer lorsque la continuité du service est en cause, mais aussi chaque fois que, le contentieux étant administratif, ce sont les procédures d'exécution propres à celui-ci qui doivent s'appliquer* ».

Messieurs Gaudemet et Deruy livraient alors cette proposition : « *Ajouter après l'article 38 du décret du 31 juillet 1992 (...) pris en application de la loi du 9 juillet 1991 un article 38-1 ainsi rédigé : « Les biens meubles ou immeubles, corporels ou incorporels, appartenant à des personnes publiques et nécessaires à la continuité d'une activité de service public ne peuvent pas faire l'objet d'une mesure d'exécution forcée ou d'une saisie conservatoire »*<sup>382</sup>.

Cette solution est particulièrement audacieuse dans le fond car elle concerne l'ensemble des personnes publiques, et non seulement les EPIC, mais aussi quant au degré de limitation puisque seuls les biens nécessaires à la continuité d'une activité de service public seraient protégés par l'insaisissabilité. Il conviendra de s'attarder plus avant sur les forces et faiblesses d'un tel projet mais, même si l'exposé des motifs fait apparaître les difficultés en la matière, il semble que le fait de légiférer par décret soit impossible. Comme le soulignait le professeur Arrighi de Casanova<sup>383</sup>, le recours à la loi semble indispensable étant donné que l'article 34 de la Constitution dispose que la loi fixe les principes fondamentaux en matière de propriété. Or, l'insaisissabilité en relève certainement. D'autant plus aujourd'hui car, même si nous ne pouvons bien entendu l'imputer à l'auteur qui a travaillé en amont, le Code général de la propriété des personnes publiques a désormais consacré législativement l'insaisissabilité de toutes les propriétés publiques. Il apparaît donc que désormais il faille non plus revenir sur une jurisprudence mais sur un texte.

Quoi qu'il en soit, cette approche, comme nous le savons, ne fut pas retenue. Ce qui eut pour effet d'entamer la satisfaction générale de certains auteurs qui, à leur tour,

---

<sup>381</sup> Rapport de l'Institut de gestion déléguée, « *Valorisation des biens publics* » Publication IGD et dans le cadre de la publication des Actes du Colloques du 28 janvier 2004 sur la réforme du droit des propriétés publiques, *LPA* – n°147 – 23 juillet 2004.

<sup>382</sup> Laurent Deruy et Yves Gaudemet, « *Les travaux de législation privée, le rapport de l'Institut de gestion déléguée* », *LPA*, 23 juillet 2004, n° 147, p. 9 ; Voir aussi : Yves Gaudemet, « *La réforme du droit des propriétés publiques : une contribution* », *CJEG*, 2004, n° 608, p. 163 et ss.

<sup>383</sup> Jacques Arrighi de Casanova, « *Pourquoi réformer le droit des propriétés publiques* », *LPA* 23 Juillet 2004, n° 147, p. 17.

proposèrent des pistes de réflexions. Deux conseillers d'Etat, Christine Maugüe et Gilles Bachelier<sup>384</sup>, proposèrent ainsi d'apporter une limitation de l'insaisissabilité concernant les seuls EPIC à partir des éléments suivants : l'EPIC doit exercer une activité dans un secteur concurrentiel, les biens saisissables ne peuvent concourir à assurer l'exercice de sa mission de service public, et enfin il reviendrait à l'EPIC de choisir le bien qu'il offre en garantie (saisie conservatoire) « *afin de se prémunir contre tout risque de saisie de recettes ou contre la difficulté de procéder à la définition des biens saisissables* ».

Beaucoup moins vaste quant à son objet, puisque ne concernant que les seuls EPIC, cette proposition mêle différentes approches : matérielle (activité concurrentielle) et fonctionnelle (caractère insaisissable des biens nécessaires à la continuité du service public), sans se prononcer sur le cadre normatif adéquat..

Si ces deux propositions (non exhaustives) ne sont pas exemptes de critiques, toutes deux s'attachent à la mise en place d'un critère fonctionnel à l'appui du critère organique. Elles témoignent en tout cas de la prévalence du critère fonctionnel comme moyen approprié pour limiter le champ actuel de l'insaisissabilité des propriétés publiques.

## **2) Le critère fonctionnel, justification autonome de l'insaisissabilité des propriétés publiques**

Si le critère fonctionnel a longtemps été adjoint au critère organique notamment par sa force de justification, il semble ressortir de la jurisprudence du Conseil constitutionnel que le critère fonctionnel possède une certaine prévalence sur le premier. En effet, ayant pris soin de ne pas consacrer comme principes constitutionnels l'insaisissabilité et l'inaliénabilité, il a en revanche conféré depuis longtemps valeur suprême au principe de continuité et de régularité du service public (A). Partant de ce constat, le propos n'a pas pour dessein d'affirmer l'autonomie du critère fonctionnel en tant que telle, mais de démontrer que le critère fonctionnel possède une force de justification prééminente pour fonder l'insaisissabilité (B).

---

<sup>384</sup> Gilles Bachelier et Christine Maugüe, « *Genèse et présentation du code général de la propriété des personnes publiques* », *AJDA*, 2006, p. 1073 et ss.

## A) La valeur juridique supérieure du principe de continuité et de régularité des services publics

Contrairement aux principes d'inaliénabilité et d'insaisissabilité, le principe de continuité des services publics a une valeur constitutionnelle reconnue depuis la décision du 25 juillet 1979<sup>385</sup>. Cette position n'a eu de cesse d'être renforcée par le Conseil constitutionnel qui, au delà même du principe de continuité, s'est attaché à privilégier une approche finaliste de la protection des biens publics.

### 1- La valeur constitutionnelle du principe de continuité des services publics

Sans se faire l'initiateur d'une polémique, il est confondant de noter que dans les présentations concises de l'insaisissabilité ou de l'immunité, les auteurs<sup>386</sup> mentionnent le fait que le principe de continuité est à valeur constitutionnelle alors que le principe d'insaisissabilité n'a jamais été validé ainsi. Révélateur sans doute du hiatus que forme la constitutionnalisation d'un critère fonctionnel alors que l'approche organique fondant l'insaisissabilité n'a jamais été consacrée ainsi.

A « décharge », il est logique cependant que l'insaisissabilité n'ait pas eu de consécration directe puisque aucune loi n'avait érigé l'insaisissabilité législativement avant l'ordonnance du 21 avril 2006. Partant, il était logiquement impossible de voir une loi déferée sur ce sujet. On aurait pu penser que l'insaisissabilité aurait pu être constitutionnalisée par le biais de la loi des 16 et 24 août 1790, mais celle-ci n'a pas valeur suprême<sup>387</sup>.

En revanche, l'inaliénabilité aurait pu être constitutionnalisée, mais le Conseil constitutionnel a toujours pris soin d'écarter cette possibilité. La terminologie employée par la décision du Conseil constitutionnel de 1986 relative à la privatisation de TF1 en témoigne : « *Sans qu'il soit besoin de rechercher si le principe d'inaliénabilité du domaine public a valeur constitutionnelle (...)* »<sup>388</sup>. De même dans sa décision de 1994<sup>389</sup>, le Conseil constitutionnel indiquait : « *(Considérant) que si les députés auteurs de la saisine invoquent à*

<sup>385</sup> Conseil constitutionnel, 25 juillet 1979, DC N° 79-105, Loi modifiant les dispositions de la Loi du 7 Août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail. *JO* du 27 Juillet 1979.

<sup>386</sup> Nous pensons notamment aux fascicules de MM. Yolka (préc. note n° 5) et Gentili (préc. note n° 42).

<sup>387</sup> Conseil constitutionnel, n° 86-224 DC, 23 Janvier 1987, *AJDA*, 1997, p. 315, note Chevellier.

<sup>388</sup> Conseil constitutionnel, n° 86-217 DC, 18 septembre 1986, Loi relative à la liberté de communication, *JO* 19 septembre 1986, p. 11294.

*l'encontre de l'article 1<sup>er</sup> de la loi le principe selon eux à valeur constitutionnelle de l'inaliénabilité du domaine public, il ressort des dispositions de cet article qu'aucune d'entre elles n'a pour objet de permettre ou d'organiser l'aliénation des biens appartenant au domaine public ; que, par suite, le grief invoqué manque en fait ».*

Bien entendu, inaliénabilité et insaisissabilité ne se confondent pas, et il serait bien aventureux d'en déduire que l'insaisissabilité ne jouit pas d'un statut constitutionnel<sup>390</sup>. Pour autant, on peut constater que le Conseil constitutionnel constitutionnalise l'élément fonctionnel de la domanialité publique (fondant l'inaliénabilité) sans accorder la même valeur à l'élément organique. En effet, le Conseil constitutionnel dès sa décision du 25 juillet 1979<sup>391</sup> a consacré en principe de valeur constitutionnelle le principe de continuité et de régularité des services publics. Cette position fut conservée dans les décisions successives comme celle du 21 juillet 1994 : « *Considérant d'une part qu'il incombe au législateur lorsqu'il modifie les dispositions relatives au domaine public de ne pas priver de garanties légales les exigences constitutionnelles qui résultent de l'existence et de la continuité des services publics auxquels il est affecté* »<sup>392</sup>.

On aurait pu imaginer que les auteurs de la saisine du Conseil constitutionnel, en contestation de loi du 20 avril 2005 relative aux aéroports, manifestent le fait que l'insaisissabilité conférée à certains biens de personnes privées soit de nature inconstitutionnelle, l'insaisissabilité étant fondée sur un critère organique. Il n'en a rien été puisque le but de la saisine était de contester précisément l'inverse à savoir le fait que cette loi était de nature à contrevenir au principe constitutionnel de continuité des services publics par des mécanismes de protection insuffisants.

Preuve en est une nouvelle fois de la prévalence du critère fonctionnel comme moyen de droit. Si le Conseil constitutionnel valida la loi<sup>393</sup>, c'est au prix d'une approche finaliste des biens auxquels il est nécessaire d'accorder une protection particulière. Cette approche n'est d'ailleurs pas neuve, puisque le Conseil constitutionnel n'a eu de cesse de la faire sienne.

---

<sup>389</sup> Conseil constitutionnel, 21 juillet 1994, Loi relative à la constitution de droits réels sur le domaine public, DC N°94-346, Rec. Cons. const., p. 96.

<sup>390</sup> A ce titre, il convient de noter que le Professeur Yolka estimait qu'une loi prévoyant que les personnes publiques sont soumises aux voies d'exécution, ne serait pas, par nature, inconstitutionnelle. Voir P. Yolka, « *La propriété publique, élément pour une théorie* », p. 597, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 191, 1997. Cité par Yves Claisse (préc. note n° 16).

<sup>391</sup> Conseil constitutionnel, 25 juillet 1979, DC N° 79-105, Loi modifiant les dispositions de la Loi du 7 Août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail. JO du 27 Juillet 1979.

<sup>392</sup> Décision précitée note n° 200

<sup>393</sup> Conseil constitutionnel, 14 Avril 2005, n° 2005-513 DC, AJDA, 2006, p. 178, note E. Fatôme.

## 2- L'approche finaliste du Conseil constitutionnel

Il ressort de l'analyse des décisions du Conseil constitutionnel que ce dernier a toujours pris soin de fonder ses décisions selon une approche que nous qualifierons de « libérale » et finaliste en matière de protection des biens publics.

Ainsi en est-il par exemple en matière d'inaliénabilité, moyen des saisines parlementaires dans les décisions de 1994<sup>394</sup> et 2005<sup>395</sup>. Dans les deux cas, le Conseil constitutionnel a rejeté les moyens au prix d'une approche finaliste. Dans le premier cas, il validait la possibilité de constituer des droits réels sur le domaine public en estimant que ces droits réels n'avaient pas pour finalité d'aboutir à l'aliénation des biens du domaine public. En d'autres termes, s'il est admissible de penser que la constitution de droits réels sur le domaine public est une légère « entorse » au principe d'inaliénabilité, ces droits réels n'ont pas pour objet, au bout du compte, d'amener à l'aliénation des biens publics. De même, en 2005, où il relevait que le transfert de propriétés publiques à une personne privée n'avait pas pour objet de transférer au secteur privé des biens « *uniques, irremplaçables et indispensables* » (selon les motifs de la saisine) à l'exercice d'un service public. Il relevait à cet égard que le législateur avait pris soin d'accorder des garanties légales permettant notamment à l'Etat « *de s'opposer à toute forme d'aliénation d'un ouvrage ou d'un terrain nécessaire à la société ADP pour la bonne exécution ou le développement de ses missions de service public* ».

Le Conseil constitutionnel rejoignait ainsi la position qu'il avait déjà affirmée dans sa décision du 3 juillet 1996 relative à France Télécom<sup>396</sup> où il avait « *admis la constitutionnalité d'un régime de substitution qui consiste uniquement à prévoir une procédure qui permet à l'Etat de s'opposer à toute forme d'aliénation des biens nécessaires à la continuité du service public auquel ils sont affectés* »<sup>397</sup>.

Car, en réalité, dans ces trois décisions précitées, ce n'est pas l'appartenance organique de tel ou tel bien qui est protégée par le Conseil constitutionnel mais l'affectation particulière de ces biens à une mission de service public. L'affirmation principale de ces décisions est assurément celle-ci : « *Le déclassement d'un bien appartenant au domaine*

---

<sup>394</sup> Conseil constitutionnel, 21 Juillet 1994, Loi relative à la constitution de droits réels sur le domaine public, DC N°94-346, *Rec. Cons. const.*, p. 96.

<sup>395</sup> Conseil constitutionnel, 14 Avril 2005, n° 2005-513 DC, *AJDA*, 2006, p. 178, note E. Fatôme.

<sup>396</sup> DC n° 96-380, Entreprise nationale France Télécom, *AJDA*, 1996, p. 696, obs. O. Schrameck.

<sup>397</sup> Etienne Fatôme, « *Le régime juridique des biens affectés au service public, A propos de la décision du conseil constitutionnel du 14 Avril 2005* », *AJDA*, 2006, p 178 et ss.

*public ne saurait avoir pour effet de priver de garanties légales les exigences qui résultent de la continuité des services publics auxquels il reste affecté »<sup>398</sup>.*

Par ce considérant de principe, le Conseil constitutionnel privilégie donc clairement une approche fonctionnelle de la protection des biens publics, ceux-ci étant en réalité grevés d'une affectation « perpétuelle ». Il y a donc partant de là dissociation entre la désaffectation et le déclassement : si des biens peuvent être déclassés et dès lors transférés à des personnes privées, l'affectation de certains biens perdure quelle que soit la personne propriétaire. En d'autres termes, ce n'est pas parce qu'un bien appartient à une personne publique qu'il doit être protégé. C'est parce que ce bien est affecté à une tâche spécifique qu'il doit l'être.

Dès lors, par analogie, l'insaisissabilité est une mesure de protection qui n'a de sens que dans la mesure où elle protège la nature particulière de certains biens, et non parce que ceux-ci appartiennent à des personnes publiques. Le fondement organique semble ainsi, dans l'analyse du Conseil, dépassé par le critère fonctionnel.

### **B) La continuité et la régularité des services publics, causes et conséquences du principe d'insaisissabilité**

L'optique de continuité et de régularité des services publics apparaît dès lors tout à la fois comme une cause et une conséquence du principe d'insaisissabilité. C'est une cause de l'insaisissabilité dans la mesure où elle a pour objet de protéger les missions d'intérêt général que mène l'Administration. C'est une conséquence car l'insaisissabilité a précisément pour but de protéger les biens nécessaires à l'exercice de cette mission, non pas véritablement d'une aliénation éventuelle au sens organique du terme, mais d'une aliénation de la fonction de ces biens. Encore une fois, ce n'est pas la propriété du bien qui est protégée mais l'utilité de ce dernier.

L'approche négative selon laquelle l'insaisissabilité serait fondée sur un critère organique parce que inversement les personnes privées n'en jouissent pas est ainsi dépassée. Preuve en est la loi du 20 avril 2005 conférant l'insaisissabilité aux biens d'ADP, personne privée, nécessaires à la continuité et à la régularité du fonctionnement des services publics gérés.

---

<sup>398</sup> Conseil constitutionnel, 14 avril 2005, n° 2005-513 DC, *AJDA*, 2006, p. 178, note E. Fatôme.

Le professeur Yolka en déduisait ainsi que « *la référence à la continuité du service public conduit, dans certaines hypothèses, à une sorte de constitutionnalisation par ricochet, lorsque les deux principes se recourent* »<sup>399</sup>. Cette affirmation est parfaitement exacte dans la mesure où elle réserve des hypothèses précises, à savoir lorsque les biens sont nécessaires à la continuité du service public. Il semble dès lors que l'affirmation est pleine et entière si l'on modifie le champ actuel de l'insaisissabilité en limitant celle-ci aux seuls biens des personnes publiques nécessaires à la continuité et à la régularité du service public.

Simple proposition, celle-ci acquiert davantage d'autorité lorsqu'on jette un regard sur les options choisies en droit comparé et en droit international où l'insaisissabilité est, dans de nombreux cas, limitée par un critère fonctionnel.

## **Section 2 : L'exemplarité du droit comparé et international**

Déjà admis en droit interne partiellement, le critère fonctionnel trouve un relais conséquent à l'extérieur : tant en droit comparé (1) qu'en droit international et communautaire (2), on trouve des acceptions fonctionnelles tendant à limiter le champ de l'insaisissabilité. Les solutions choisies dans ce cadre, parfois très audacieuses, plaident une nouvelle fois pour la mise en place d'un tel critère, certains systèmes juridiques, comme le droit belge, ayant métamorphosé récemment leur conception en ce sens.

### **1) L'insaisissabilité en droit comparé**

Si tous les Etats européens consacrent généralement une spécificité de protection à leurs biens publics, leur conception de l'insaisissabilité est relative et duale (A). D'un côté les Etats ayant une conception similaire à la française, ceux qui fondent l'insaisissabilité sur un critère exclusivement organique, de l'autre, des Etats qui, à des degrés divers au niveau des personnes publiques concernées, adjoignent au critère organique une limitation fonctionnelle (B).

---

<sup>399</sup> P. Yolka, préc. note n° 5, § 27.

## A) Le caractère relatif de l'insaisissabilité des propriétés publiques en droit comparé : cadre général

Dans l'ensemble, les états étrangers, s'ils manifestent le souci de protection de leurs biens publics, partagent une conception beaucoup moins absolue que la nôtre en matière d'insaisissabilité. Il n'est pas aisé de regrouper les options retenues par les Etats en grande famille de droit, tant il est vrai que l'inspiration anglo-saxonne ou romano germanique a peu d'incidences sur les solutions consacrées par les différents Etats. En effet, si par exemple l'Allemagne et la Grande-Bretagne ont une conception proche de la notre, celle-ci mérite d'être nuancée, alors que par exemple les Pays-Bas se rattachent davantage à une approche fonctionnelle. A l'autre extrême, des pays d'Europe du Sud, d'inspiration romano germanique comme la Grèce et l'Italie consacrent une approche fonctionnelle alors que, comme nous le savons, la France s'est rattachée à une vision organique de l'insaisissabilité<sup>400</sup>.

De même, le champ matériel des options retenues est divers, à rattacher d'ailleurs des propositions doctrinales internes exposées plus haut. En effet, nombreux sont les systèmes juridiques à différencier l'insaisissabilité des entreprises publiques et celles des personnes publiques corporatives, Etat et collectivités locales.

A l'autre extrême, les propriétés socialistes<sup>401</sup> consacrent une approche très différente de la dualité d'option européenne. En effet, il va sans dire que dans ces états les propriétés de l'Etat sont insaisissables, en raison du caractère inaliénable de ces biens. Mais les articles 98, 101 et 104 du Code civil de la République socialiste et fédérale russe disposent également que sont inaliénables une grande partie des moyens de production fixes, les biens (fonds en semence et fourrage) des kolkhozes ou encore ceux des syndicats et organisations sociales. Ainsi, l'insaisissabilité n'est pas rattachée à la personnalité publique « *puisque l'Etat n'est pas la seule personne morale dont les biens sont insaisissables (...), c'est surtout la distinction entre moyens de production fixes et moyens de production circulants qui fonde l'application du principe d'insaisissabilité* »<sup>402</sup>. Ici, l'insaisissabilité est fonction de l'inaliénabilité, mais celle-ci n'est pas rattachée qu'à un « domaine public » mais à des propriétés éparses dont le dénominateur commun est l'appropriation des moyens de production.

---

<sup>400</sup> Pour une approche synthétique du droit comparé, on pourra se référer à P. Yolka, « *Protection des propriétés publiques : régime général* », *J-CI Propriétés publiques*, Fasc. 60, 1<sup>er</sup> Mars 2003, § 11 à 13. De manière plus approfondie à C. Chamard, « *La distinction des biens publics et des biens privés* » Thèse Lyon III 25 juin 2002, Dalloz, 2004, § 209, 214-216, 236, 262-266, ainsi qu'à M. Blanc, *Le principe d'insaisissabilité des biens des établissements publics industriels et commerciaux*, Jacques Arrighi de Casanova [dir.], Mémoire M2 recherche Droit public approfondi Panthéon-Assas, 2006, 58 pages, p. 45 à 49.

<sup>401</sup> Pour un exposé plus complet sur la propriété socialiste, voir C. Chamard, préc. note n° 7, § 262 et suivants.

Certains Etats ont conservé une approche purement organique de l'insaisissabilité, mais il convient de relever qu'elle se dilue progressivement. Ainsi en est-il de l'Allemagne<sup>403</sup>, mais aussi en Grande Bretagne où, si l'Etat britannique n'a pas de personnalité morale propre, « La Couronne » possède des biens qui ne sont pas susceptibles de mesures d'exécution forcées (et donc de saisies de droit commun). Cependant, il convient de noter que tous les biens de la Couronne sont paradoxalement aliénables. Cette conception organique prévaut en Espagne puisque tous les biens sont considérés comme insaisissables avec cependant une précision importante ressortant de l'article 132 alinéa 1<sup>er</sup> de la Constitution qui accorde une garantie constitutionnelle d'insaisissabilité aux seuls biens du domaine public. Ceci semble attester de la prééminence des biens affectés à l'utilité publique<sup>404</sup>.

Mme. Chamard rapproche de cette « préséance constitutionnelle », l'article 10-2 de la Constitution danoise qui dispose que « *la liste civile ne pourra être grevée d'aucune dette* », la liste civile étant la dénomination danoise du domaine de l'Etat appartenant au roi<sup>405</sup>. La constitution danoise ne posant aucune consécration constitutionnelle du principe d'insaisissabilité des biens publics semble donc implicitement reconnaître la seule protection aux biens (partiels) du domaine public, et donc aux seuls biens dont l'utilité publique est manifeste.

Si dans de nombreux pays africains (Algérie, Maroc<sup>406</sup>), l'insaisissabilité est exclusivement fonction du critère organique, il n'en demeure pas moins que de nombreux pays ont adjoint au critère organique une limitation d'ordre fonctionnelle. Cette évolution est particulièrement perceptible dans les pays du Sud de l'Europe mais surtout en Belgique, qui auparavant fondait l'insaisissabilité sur un critère organique exclusif, et qui récemment a opéré une telle limitation.

### **B) Les Etats rattachant l'insaisissabilité à un critère fonctionnel**

La Belgique est un exemple révélateur de l'évolution susceptible d'émerger en France, par son caractère récent mais aussi par la souplesse des solutions mises en place<sup>407</sup>.

---

<sup>402</sup> Ibid.

<sup>403</sup> E. Forsthoft, Traité de droit administratif allemand, cité par C. Chamard (Ibid) § 215.

<sup>404</sup> Voir en ce sens Caroline Chamard, précitée note n° 7.

<sup>405</sup> Ibid.

<sup>406</sup> Voir C. Chamard (Ibid.) § 312.

<sup>407</sup> Voir F. Blanc sur ce point, préc. note n° 47.

Comme nous l'avons précédemment évoqué, la Belgique distingue le cas des établissements publics et celui des personnes publiques corporatives, par deux textes de lois distincts.

- La loi du 21 mars 1991<sup>408</sup>, dispose dans son article 8 que *« les entreprises publiques autonomes bénéficient de l'immunité d'exécution pour les biens entièrement ou partiellement affectés à la mise en œuvre de leurs tâches de service public »*.
- L'article 1412 bis du Code judiciaire<sup>409</sup>, après avoir disposé dans son § 1 que *« les biens appartenant à l'Etat, aux régions, aux communautés, aux provinces, aux communes, aux organismes d'intérêt public et généralement à toutes personnes morales de droit public sont insaisissables »*, nuance immédiatement cette approche organique de l'insaisissabilité, dès son § 2. En effet celui-ci réserve de nombreuses exceptions :
  - *« Toutefois peuvent faire l'objet d'une saisie (...), les biens dont les personnes morales de droit public visées au premier paragraphe ont déclaré qu'ils pouvaient être saisis »*. Ainsi, contrairement au droit interne où l'insaisissabilité est d'ordre public, ce qui signifie qu'on ne peut y renoncer, le droit belge permet aux personnes publiques de dresser une liste de biens saisissables. Ce qui leur permet par conséquent de grever lesdits biens de sûretés réelles pour favoriser la valorisation par investissement. Les personnes publiques doivent donc établir une liste de biens saisissables sous le contrôle de l'autorité de tutelle, ce qui génère une certaine souplesse. Néanmoins, en cas d'abstention de la personnalité publique, le texte poursuit en précisant que :
  - *« A défaut d'une telle déclaration ou lorsque la réalisation des biens qui y figurent ne suffisent pas à désintéresser le créancier, (peuvent faire l'objet d'une saisie) les biens qui ne sont manifestement pas utiles à ces personnes morales pour l'exercice de leur mission ou pour la continuité du service public »*. A plusieurs titres, ce texte est particulièrement enrichissant pour notre sujet. D'une part, il offre une alternative à la défaillance de la personne publique qui n'aurait pas établi une liste de ses biens saisissables. D'autre part, cette liste de biens saisissables lie le créancier : dès lors que ces biens suffisent à le désintéresser, il ne peut faire opposition sur d'autres biens. En d'autres termes, cela permet donc aux personnes publiques de choisir les biens qui, le cas échéant, seront saisis ce qui leur permet d'assurer la pérennité de certains biens indispensables à leurs yeux. Cette technique rappelle les propositions de Mme Maugüe et M.

---

<sup>408</sup> Loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques, concernant notamment la société nationale des Chemins de fer belge, La Poste et Belgacom, est consultable sur [www.ibpt.be](http://www.ibpt.be).

<sup>409</sup> Résultant de la Loi du 30 juin 1994, consultable sur [www.droitbelge.be](http://www.droitbelge.be).

Bachelier<sup>410</sup>, ainsi que la méthode usitée par la loi du 20 avril 2005<sup>411</sup> : une liste des biens nécessaires au service public géré par ADP avait été établie. Avec cependant une différence importante : c'est l'autorité de tutelle, l'Etat, qui en l'espèce avait dressé cette liste et non ADP de manière autonome. Enfin, quelles que soient les hypothèses, une limite fonctionnelle est posée par le Code judiciaire puisque seuls les biens « manifestement inutiles » pour l'exercice des missions de service public pourront être saisis. Par analogie, cela voudrait dire que le juge ne contrôlerait que l'erreur manifeste d'appréciation dans ce cadre.

- Enfin l'article 1412 termine en précisant que, si le précédent cas envisagé se produit, les personnes publiques « *dont les biens font l'objet d'une saisie, peuvent faire opposition. Elles peuvent faire offre au créancier d'exercer ses poursuites sur d'autres biens. L'offre lie le créancier saisissant si (...) sa réalisation est susceptible de le désintéresser (...).* ». Ainsi, une nouvelle fois, la loi aménage une possibilité pour la personne publique de choisir le bien qui fera l'objet de la saisie. Cette offre lie le créancier dès lors que le bien le désintéresse.

Aussi, d'une manière générale, le droit belge privilégie une approche fonctionnelle puisque l'affectation à un service public emporte corrélativement insaisissabilité de ces biens. Elle offre en outre une souplesse particulièrement importante pour les personnes morales de droit public qui, de manière autonome, sous le contrôle certes de l'autorité de tutelle et du juge, dressent la liste des biens saisissables, et donc maîtrisent la destinée de leurs biens en fonction de leur importance.

Au-delà de l'exemple belge, particulièrement édifiant, il convient de signaler que beaucoup d'autres Etats ont mis en place une limite fonctionnelle ; il s'agit de :

- La Grèce<sup>412</sup>,
- L'Italie qui reconnaît seulement l'insaisissabilité des biens du domaine public ainsi que celle des biens du domaine privé mais seulement ceux affectés à un service public. On peut signaler deux exceptions, qui n'en sont pas vraiment car accréditant l'approche fonctionnelle : l'insaisissabilité des sommes destinées au paiement des fonctionnaires, ainsi que les sommes destinées au financement de services publics locaux<sup>413</sup>,

---

<sup>410</sup> Gilles Bachelier et Christine Maugüe, « Genèse et présentation du code général de la propriété des personnes publiques », *AJDA*, 2006, p. 1073 et ss

<sup>411</sup> Voir en Introduction, sources précitées.

<sup>412</sup> Voir supra p. 17 et note n° 71 pour les références.

<sup>413</sup> G. Caranta, « La protection des créanciers de l'Etat : rapport italien », in *Les garanties de financement*, LGDJ, 1998.

- La Suisse où seuls les biens des communes et des cantons appartenant au domaine public sont insaisissables<sup>414</sup>,
- Le Portugal où le créancier peut obtenir la saisie des biens du domaine privé de la personne publique débitrice sauf ceux « indisponibles » car affectés à des fins d'intérêt public<sup>415</sup>,
- Aux Pays Bas l'approche est davantage matérielle que fonctionnelle puisqu'on distingue activités commerciales et activités d'intérêt public. Si dans le premier cas les biens sont saisissables, dans le second les biens nécessaires à la continuité du service public ne le sont pas<sup>416</sup>.

Autant d'exemples qui manifestent la prévalence du critère fonctionnel qui, associé au critère organique, tempère l'insaisissabilité aux seuls biens nécessaires à assurer un service public, notamment au travers de l'objectif de continuité des services publics. Dans de nombreux cas, la distinction ne conduit pas à l'insaisissabilité du seul domaine public, puisque les biens du domaine privé nécessaires pour l'exécution d'un service public sont également frappés d'insaisissabilité.

## **2) L'approche finaliste en droit international et communautaire**

A cette insistance des références au critère fonctionnel en droit interne et comparé correspond une réalité déjà perceptible en droit communautaire et international. Si l'approche du droit international privé est tout autant matérielle que fonctionnelle, elle est particulièrement intéressante dans la mesure où les tribunaux internes confèrent une insaisissabilité tempérée à l'égard des personnes publiques étrangères (1). Quant au droit communautaire, il privilégie une approche finaliste en manifestant, à l'inverse, une indifférence de principe au critère organique, la qualité de l'organe important moins que sa fonction. Dans ce cadre, comme en a d'ores et déjà décidé la Commission européenne, l'insaisissabilité, adjointe à l'impossibilité de mise en redressement et liquidation judiciaire, apparaissent comme des aides d'Etats accordées sous forme de garanties contraires au droit de la concurrence (2).

---

<sup>414</sup> Article 7 de la Loi du 4 décembre 1967, cité par Caroline Chamard, préc. note n° 363, § 215.

<sup>415</sup> J. Servulo Correia, « *La protection des créanciers de l'Etat : rapport portugais* » in Les garanties de financement, LGDJ, 1998, p. 836.

<sup>416</sup> Voir sur ce point, F. Blanc, préc. note n° 47.

### A) L'affectation du bien, fondement de l'insaisissabilité en droit international

Comme nous l'avons mentionné précédemment, l'immunité d'exécution dont jouissent les personnes publiques en France ne s'applique pas de facto aux personnes publiques étrangères. De même, si certains biens sont insaisissables (locaux diplomatiques, aéronefs immatriculés au nom de l'Etat ... cf. p. 14-15), c'est en raison de conventions multilatérales particulières. En droit interne, et ce contrairement à beaucoup d'autres pays occidentaux, il n'y a pas de cadre normatif général relatif à l'immunité d'exécution dont jouiraient les personnes publiques étrangères : tout est dans la jurisprudence. Cependant, de nombreuses conventions bilatérales règlent la question des voies d'exécution<sup>417</sup>. Des conventions multilatérales (le plus souvent des actes institutifs d'organisations internationales) prévoient de telles modalités<sup>418</sup>.

Aussi la jurisprudence a-t-elle fixé les contours de l'immunité de juridiction dont bénéficient les personnes publiques étrangères. Très tôt, elle a reconnu une immunité de juridiction pour les Etats étrangers<sup>419</sup>, sous réserve de leur souveraineté pleine et entière, et sans que la reconnaissance internationale soit un obstacle<sup>420</sup>. En revanche, si elle n'a pas eu à se prononcer directement sur l'immunité d'exécution des collectivités publiques ou des états fédérés étrangers, la Cour de cassation leur a systématiquement refusé l'immunité de juridiction. M. Claisse en concluait qu'une immunité d'exécution est par conséquent probablement rejetée pour ces personnes publiques étrangères<sup>421</sup>.

A cette première distinction, s'ajoutent de nombreux éléments dérogatoires au régime de l'insaisissabilité appliqué aux personnes publiques internes. Tout d'abord, alors que l'insaisissabilité est d'ordre public en France, les personnes publiques étrangères peuvent renoncer à leur immunité d'exécution<sup>422</sup>. Ensuite, cette immunité attachée aux Etats étrangers n'est pas absolue puisque les biens affectés à la réalisation d'une activité purement commerciale mise en place par l'Etat étranger sont saisissables<sup>423</sup>. En d'autres termes, seuls les biens « affectés » à une utilité publique, tout du moins inscrit dans le cadre d'une activité « de souveraineté » seront insaisissables. Comme le souligne le professeur Yolka, « *On peut*

<sup>417</sup> Pour un exemple, Décret n° 94-142 du 18 février 1994 pour une convention bilatérale franco-sénégalaise.

<sup>418</sup> Pour un exemple voir le Protocole additionnel du 8 avril 1965 sur l'immunité des Communautés européennes.

<sup>419</sup> Cass, civ., 24 Octobre 1932, Etat de Céara c/ Dorr, *DP*, 1933, I, 196, note A. Gros.

<sup>420</sup> Cass, civ., 2 Novembre 1971, Clerget, *JDI*, 1972, 267, note Pinto.

<sup>421</sup> Yves Claisse, préc. note n° 16, § 1661-35.

<sup>422</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 6 juillet 2000, *D*, 2000.II.p. 209.

<sup>423</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 14 mars 1984, Sté Eurodif, *D*, 1984.II. p. 629 rapp. Fabre, note Robert).

*s'étonner de ce hiatus entre droits interne et international (tels qu'interprétés par les juridictions françaises), et penser que le premier pourrait utilement s'inspirer du second »<sup>424</sup>.*

Cette solution est reprise pour les démembrements organiques de l'Etat étranger, c'est-à-dire le plus souvent les établissements publics (et assimilés). En effet, dès lors que ces entités ont une autonomie patrimoniale permettant de les distinguer de l'Etat, et lorsqu'ils effectuent une mission purement commerciale, les voies d'exécution du droit commun leurs sont applicables. A la différence de l'Etat, où il y a présomption « d'activité de souveraineté » et par la même présomption d'immunité, les démembrements de l'Etat ont une présomption inversée. Dans son arrêt de principe, la Cour de cassation<sup>425</sup> avait ainsi estimé que la SONATRACH, organisme public algérien distinct de l'Etat, dotée de l'autonomie patrimoniale et n'usant pas de prérogatives de puissance publique, pouvait être saisie, dès lors que celle-ci avait pour mission le transport et la commercialisation d'hydrocarbures. Les biens étaient alors considérés par la Cour comme « affectés à une activité principale relevant du droit privé »<sup>426</sup>.

Il ressort donc de cette étude du droit international privé que le juge se positionne en fonction d'un critère essentiellement matériel, celui de l'activité gérée par la personne publique étrangère. On retrouve ici cette méthode du faisceau d'indices, tirée de la controverse des années 50.

Si le critère fonctionnel n'est pas nommément usité, il ressort à contrario des constatations, étant donné que les activités commerciales entraînent présomption de saisissabilité des biens afférents, alors qu'à l'inverse les activités rattachées au caractère souverain de l'Etat emportent présomption contraire. Le droit international privé consacre quoi qu'il en soit la notion d'affectation des biens au prix d'une approche finaliste de l'activité gérée. Cette approche apparaît comme résolument semblable à celle opérée par le droit communautaire<sup>427</sup>.

---

<sup>424</sup> P. Yolka, préc. note n° 5, § 42.

<sup>425</sup> Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> octobre 1985, Sonatrach c/ Migeon, *JCP* 1986, II, 20566, Note Hervé Synvet.

<sup>426</sup> Ibid.

<sup>427</sup> On pourrait en effet rapprocher ce raisonnement de celui tenu par la CJCE en matière d'accès aux emplois publics. Alors que l'article 39 alinéa 4 TCE prévoyait que les dispositions, au titre de la liberté de circulation des travailleurs, ne s'appliquait pas « aux emplois de l'administration publique », la CJCE en a fait une interprétation constructive. En effet, doivent être considérés comme des emplois dans l'administration publique les seuls emplois participant à l'exercice de l'autorité publique. C'est-à-dire les emplois dans des domaines « régaliens » manifestant véritablement la souveraineté de l'Etat. Voir en ce sens CJCE, 17 décembre 1980, Commission c/ Belgique, aff. 149/79, *R.* p. 3881.

## **B) L'indifférence du critère organique dans l'approche finaliste communautaire**

En effet, le droit communautaire se caractérise par une approche radicalement différente du droit interne. « *Sans considération organique, dans un souci de multiplication des acteurs économiques* »<sup>428</sup>, le droit communautaire paraît insensible à nos constructions classiques comme celles fondées autour de la personnalité publique. Dans ce cadre, l'insaisissabilité des propriétés publiques est révélatrice du « *climat de contestation latente* »<sup>429</sup> à l'égard du droit public : l'insaisissabilité peut être considérée comme constitutive d'une aide d'Etat, même si elle n'est pas encore véritablement cataloguée comme tel.

### **1- La conceptualisation fonctionnelle communautaire**

Le droit communautaire repose sur des concepts communautaires que l'on peut définir comme les instruments permettant de moduler le champ des normes communautaires, d'en donner « *une interprétation finaliste et pragmatique* »<sup>430</sup>. Ils ont notamment pour caractéristique de « *dépasser un conflit aigu avec le droit interne portant sur un problème de qualification juridique* »<sup>431</sup>. Ainsi, le droit communautaire est parfois insensible à nos agrégats et catégorisations juridiques dont découlent des effets de droit qui ne sont pas pensés, comme en droit communautaire, en terme de finalité économique et d'environnement concurrentiel.

Dans ce cadre, l'organe est beaucoup moins important que son comportement. Peu importe en effet qu'une entité soit publique ou privée : dès lors qu'elle agit en tant qu'opérateur économique, les règles de concurrence s'appliquent. Le célèbre arrêt Höfner<sup>432</sup> de la CJCE en fournit l'exemple par son attendu de principe, définissant un opérateur économique comme « *toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement* ». Indifférent à la nature privée ou publique de l'opérateur économique, le droit communautaire va alors délibérément faire

---

<sup>428</sup> G. Clamour, « *Collectivités territoriales et droit de la concurrence* », *J. Cl. Collectivités territoriales*, Fasc 724

<sup>429</sup> G. Clamour, « *Intérêt général et concurrence, Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché* », p. 14

<sup>430</sup> Définition empruntée à Olivier Maetz dans sa stimulante étude dont nous recommandons la lecture : « *Influences des concepts communautaires sur le droit public* » in « *Incidences du droit communautaire sur le droit public français* », sous la direction de Gabriel Eckert, Yves Gautier, Robert Kovar, et Dominique Ritleng, Centre d'études internationales et européennes & Institut de recherches Carré de Malberg, Presses universitaires de Strasbourg, Coll. URS, 2007, p. 166.

<sup>431</sup> F. Sudre, « *Les concepts autonomes de la convention européenne des droits de l'homme* », cahier de l'IDEDH, n° 6, 1997, p. 87, cité par Olivier Maetz (Ibid.).

<sup>432</sup> Arrêt précité note n° 26.

usage du concept « d'effet utile » qui a pour dessein de priver les effets des normes internes dès lors qu'elles sont de nature à entraver la finalité du droit communautaire.

Un exemple parlant peut être trouvé en matière d'entreprises publiques, puisque la Commission européenne définit celles-ci indifféremment de leur nature publique et privée. Sont des entreprises publiques celles « *sur laquelle les pouvoirs publics peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante (...)* »<sup>433</sup>. Ainsi une SEM, une SA dont le capital est détenu majoritairement par une entreprise publique, ou un établissement public, rentrent dans cette catégorie sans que leur nature privée ou publique ait une incidence. Plus généralement, en matière de règles de concurrence et d'interventions publiques, les Etats ont l'obligation de ne pas mettre en péril, dans le cadre de leur autorité normative, les règles de concurrence applicables aux entreprises publiques, seule matière relevant de la compétence de la Commission. En d'autres termes, le statut des entreprises publiques ne doit pas, par les règles en découlant, porter atteinte aux règles de concurrence des articles 81 et 82 du TCE. De même, un Etat manque à ses obligations communautaires lorsqu'il prend ou maintient en vigueur des mesures législatives ou réglementaires susceptibles d'éliminer l'effet utile des articles 81 et 82<sup>434</sup>.

Il n'y a rien d'étonnant dès lors à ce que l'insaisissabilité puisse être soupçonnée de constituer une prérogative incompatible avec les règles de concurrence. En effet, si l'on ajoute à l'insaisissabilité l'impossibilité pour les entreprises publiques d'être mises en faillite ou en liquidation judiciaire, celles-ci bénéficient de règles particulièrement dérogatoires au droit commun des entreprises privées. Ces règles sont alors de nature à fausser de manière directe ou indirecte la concurrence.

## **2- L'insaisissabilité, constitutive d'une aide d'Etat ?**

L'article 295 TCE dispose que « *Les communautés ne préjugent en rien du régime de la propriété dans les états membres* ». Cette neutralité de principe aurait pu être interprétée comme un signe tendant à la reconnaissance des particularismes internes en matière de régimes de propriété, notamment à l'égard des entreprises publiques constituées sous la forme d'établissements publics. Comme le note M. Prétat<sup>435</sup>, cette neutralité affirmée pourrait

---

<sup>433</sup> Définition ressortant de la directive 80/723 de la Commission du 25 Juin 1980, JOCE L. 185 du 29 Juillet 1980.

<sup>434</sup> CJCE, 29 janvier 1985, Cullet c/ Centres Leclerc, aff. 281/83, R. p. 305.

<sup>435</sup> David Prétat, « *La garantie de l'Etat à ses établissements publics : une aide incompatible avec le marché commun ?* », LPA, 26 Janvier 2000, n° 18, p. 4 et ss.

signifier l'obligation « *de prendre en considération leurs situations respectives de telle sorte que la règle de droit soit applicable de manière adaptée à chacune* ».

Or, il n'en est rien puisque, par le biais de « l'effet utile » communautaire, ce principe de neutralité ne doit pas être interprété dans l'absolu, puisqu'il est clairement dévoyé par l'imposition des règles de concurrence communautaire. Si l'appartenance publique ou privée ne peut faire l'objet d'aucune contestation, celle-ci ne doit pas, par les règles en découlant, priver d'effets les dispositions communautaires en matière de concurrence. L'article 295 signifie dans ce cadre que les règles de concurrence s'appliquent quel que soit le régime de propriété des entreprises. L'approche fonctionnelle est donc privilégiée sur l'approche organique interne.

Dans le cadre de l'interventionnisme public, l'article 87-1 TCE dispose que « *Sauf dérogations prévues par le présent traité, sont incompatibles avec le marché commun, dans la mesure où elles affectent les échanges entre les Etats membres, les aides accordées par les Etats ou au moyen de ressources d'Etat, sous quelque forme que ce soit, qui faussent ou menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions* ». Il n'en fallait pas moins pour la Commission<sup>436</sup>, sur le fondement de cette disposition, pour remettre en cause l'insaisissabilité dont bénéficient, notamment, les établissements publics.

Ainsi, une première communication interprétative de la Commission en date du 24 Novembre 1999, allait préciser son approche « *en ce qui concerne les aides d'états accordées sous forme de garantie* »<sup>437</sup>. Une « garantie » peut prendre des formes diverses : d'une manière générale les garanties apportées par l'Etat « *peuvent porter sur des emprunts, en prévoyant sa substitution éventuelle en cas de carence de paiement des intérêts et des annuités de remboursement* »<sup>438</sup>. L'un des principal danger des garanties est celui de « *la violation des règles de concurrence loyale, car l'organisme garanti peut faire des opérations ou obtenir des conditions qu'un concurrent non garanti ne peut faire ou obtenir* »<sup>439</sup>.

---

<sup>436</sup> La Commission européenne opère un contrôle très vaste de l'interventionnisme public en appréhendant l'ensemble des relations financières entre Etat et établissements publics : les opérations financières qui sont examinées sous le concept de « l'investisseur avisé en économie de marché », contrôle des dispositions fiscales avantageuses éventuelles, contrôle des règles juridiques susceptibles de donner un avantage... Pour un examen plus détaillé, voir Yves Claisse, « *La remise en cause de l'insaisissabilité des biens des établissements publics industriels et commerciaux au nom de l'interdiction communautaire des aides d'Etat* », *La lettre du droit public de l'entreprise*, Octobre 2003, n° 19, [www.laldpe.fr](http://www.laldpe.fr).

<sup>437</sup> Communication de la commission, 2000/C 71/07, JO n° C 071 du 11 Mars 2000, p. 4-18.

<sup>438</sup> Définition empruntée à André Delion, « *Les garanties d'état et leur évolution* », *CJEG*, n° 613 Octobre 2004, p 417 et ss.

<sup>439</sup> Ibid.

Partant de ces définitions, l'argumentation de la Cour peut être retracée ainsi, en trois étapes :

- Il découle du principe d'insaisissabilité que les entreprises publiques ne peuvent faire l'objet des procédures d'insolvabilité, de redressement ou de liquidation judiciaire<sup>440</sup>.
- Dès lors, les établissements publics bénéficient d'une garantie implicite de la part de l'Etat ou d'une couverture des pertes éventuelles de la part de l'Etat.
- Cette garantie de l'Etat a pour effet de permettre aux établissements publics en question « *d'obtenir un prêt à des conditions financières plus avantageuses que celles qui sont normalement consenties sur les marchés financiers* »<sup>441</sup>, ce qui s'analyse donc comme une distorsion de concurrence.

Cette communication emprunte de généralisme, allait trouver une application concrète concernant EDF puisque, dès le 16 octobre 2002, la Commission envoyait à l'Etat français une lettre de propositions<sup>442</sup>, puis une invitation à supprimer « *la garantie illimitée dont bénéficie EDF sur tous ses engagements en vertu de son statut d'EPIC qui rend inapplicable la législation sur la faillite et l'insolvabilité* »<sup>443</sup>. L'Etat français ne s'étant pas conformé à ces propositions, une décision de la Commission du 16 décembre 2003<sup>444</sup> allait entériner la qualification d'aide d'Etat. La Commission estimait que, du fait de son statut d'EPIC entraînant l'impossibilité de recourir aux procédures du droit commun, EDF jouissait d'une « *garantie générale* » de l'Etat, « *illimitée dans sa couverture, dans le temps et dans son montant* »<sup>445</sup>.

La Commission s'appuyait pour asseoir son argumentation sur une note intégrée dans le Rapport du Conseil d'état de 1995<sup>446</sup> à propos de la création d'un établissement public spécifique pour assumer le soutien financier de l'Etat au Crédit Lyonnais. Dans cette note, le Conseil d'Etat, sans départir EPA et EPIC, précisait que cet établissement public bénéficiait de la garantie de l'Etat en raison de sa « *nature même d'établissement public* ». Cette note « *laissait à entendre que la défaillance d'un établissement public (...) devrait nécessairement conduire l'état à prendre en charge ses droits et obligations* »<sup>447</sup>. La Commission ne manque

---

<sup>440</sup> Article 620-2 du Code de commerce, pris à contrario.

<sup>441</sup> § 2.1.1 de la Communication, préc. note n° 436.

<sup>442</sup> Lettre de la commission du 16 Octobre 2002, *JO* du 16 Novembre 2002.

<sup>443</sup> Recommandation de la Commission, *JO* n° C 164, 15 Juillet 2003).

<sup>444</sup> Décision 2005/145/CE de la Commission, IP O3/1737, *JO* L 049 du 22/05/2005 p.9.

<sup>445</sup> Ibid.

<sup>446</sup> Rapport du Conseil d'Etat 1995, p. 219.

<sup>447</sup> Christophe Barthélemy, « La garantie implicite, gratuite et illimitée de l'état aux établissements publics : mythe ou réalité », *CJEG*, n°613 – Octobre 2004, p. 423 et ss.

pas de le relever ce qui, par ricochet, la conduisit logiquement à qualifier ces mesures d'aides d'Etats accordées sous la forme de garanties.

L'analyse de la Commission n'a pas manqué d'attirer les commentaires dubitatifs de la doctrine interne, notamment par la « phraséologie » employée quelque peu incohérente. Tout d'abord, certains relevaient que l'analyse de la Cour serait une déduction juridique infondée dans la mesure où elle laisse penser que le statut d'EPIC emporte, de manière « congénitale »<sup>448</sup>, distorsion de concurrence. Ce qui remettrait finalement en cause la pérennité du statut d'EPIC à long terme mais semblerait à l'inverse peu respectueux du sens de l'article 295 TCE. En outre, les auteurs notaient que l'insaisissabilité ou le fait de ne pouvoir être mis en redressement ou liquidation judiciaire, n'emportaient pas en eux-mêmes garantie illimitée de l'Etat, dans la mesure où la loi du 16 juillet 1980 crée des voies d'exécution administratives chargées d'assurer le recouvrement direct par les EPIC de leurs dettes. C'est en ce sens que se prononçait déjà le Rapport public du Conseil d'Etat de 2002<sup>449</sup>. En d'autres termes, la Commission se serait fondée sur des éléments théoriques et non réalistes : « *ce qui paraît contestable dans la solution de la Commission s'agissant d'EDF, c'est la position de principe adoptée par la Commission, comme si le statut d'établissement public constituait un régime d'aide, alors qu'en l'espèce, il s'agirait plutôt de qualifier au cas par cas des aides individuelles* »<sup>450</sup>.

Si ces critiques sont partiellement fondées, il n'en demeure pas moins que l'analyse de la Commission bâtie selon une approche de « potentialité » est, sinon juridiquement, pragmatiquement imparable. En effet, « potentiellement », il semble que l'Etat puisse accorder une garantie à ses EPIC si ces derniers sont en mauvaise posture financière. A ce titre, même si le cadre est différent, le fait de créer un établissement public pour supporter les dettes de l'ex Crédit Lyonnais, alors SA à capitaux publics, peut en témoigner.

Ce raisonnement semble accrédité par les notes de financement accordées par les trois plus grands organismes de notation (Standard and Poor's, Moody's et Fitch<sup>451</sup>) qui, de manière générale, donnent d'excellentes notes (le fameux « AAA ») aux entreprises publiques, précisément parce qu'elles bénéficient d'une garantie de l'Etat, tout du moins de son soutien

---

<sup>448</sup> Michel Bazex et Sophie Blazy, « *Le statut d'établissement public recèle-t-il par nature une aide d'état ?* », DA, 2005, n° 5, 1996, p. 39.

<sup>449</sup> Rapport public du Conseil d'état 2002, Collectivités publiques et concurrence EDCE 2003, 268. Le rapport indiquait notamment que « *le régime juridique des personnes publiques ne leur confère pas par lui-même un avantage anticoncurrentiel* », et que « *les personnes publiques ne sont pas placées dans une situation nécessairement plus avantageuse que celle dans laquelle se trouvent les entreprises privées* ».

<sup>450</sup> Michel Bazex et Sophie Blazy, « *Le statut d'établissement public recèle-t-il par nature une aide d'état ?* », DA, 2005, n° 5, 1996, p. 39.

<sup>451</sup> Cités par André Delion, « *Les garanties d'état et leur évolution* », CJEG, n° 613 Octobre 2004, p 417 et ss.

financier. Ces notations sont un révélateur important dans la mesure où elles conditionnent le taux du crédit accordé aux entreprises publiques, celui-ci étant très bas par rapport aux conditions dont bénéficient les entreprises privées « classiques ».

Ainsi, le droit communautaire semble remettre en cause l'insaisissabilité des propriétés publiques par son approche finaliste. En effet, l'insaisissabilité et ses corollaires, ont pour effet de conférer des conditions de crédit beaucoup plus avantageuses que pour les entreprises privées, par la garantie étatique. Dans cette affaire, les charges pesant sur EDF ont été abandonnées, l'Etat français ayant promis de privatiser EDF ce qui fut réalisé par la loi du 5 août 2004<sup>452</sup>. Cela permet une nouvelle fois de s'interroger sur les effets indirects du droit communautaire qui tendent à réduire le périmètre de la propriété publique et l'influence du droit public sur les structures. Cette interrogation est ravivée par deux nouvelles recommandations de la Commission touchant La Poste<sup>453</sup> et Le Laboratoire national d'essais<sup>454</sup>. Ici, la Commission se fonde sur motifs similaires tendant à remettre en cause la garantie implicite accordée par l'Etat à ces établissements publics du fait de l'impossibilité de mettre en œuvre les procédures d'insolvabilité et de mise en redressement ou liquidation judiciaire. Le droit interne apparaît donc clairement menacé par le maintien de l'insaisissabilité accordée aux EPIC.

Bien entendu, il y a comme un paradoxe à présenter l'insaisissabilité des biens, à la fois comme un désavantage, du fait que les personnes publiques ne peuvent constituer de garanties et sûretés réelles sur leurs biens, et à l'inverse comme un avantage, puisque le taux du crédit qui leur est accordé est très faible. Néanmoins, il est possible de dépasser ce paradoxe par une remise en cause partielle de l'insaisissabilité qui souffre du caractère exclusivement organique de son fondement. Il apparaît en effet qu'en limitant celle-ci aux seuls biens nécessaires à la régularité et à la continuité des services publics, les personnes publiques pourraient valoriser leurs propriétés par l'investissement privé sans contrevenir aux exigences communautaires. En effet, celui-ci, par son approche fonctionnelle, semble enclin à admettre que des compensations puissent être versées au titre de la gestion d'un service public.

Il apparaîtra dès lors qu'une telle évolution est de nature à réconcilier le droit communautaire et le droit interne dans la mesure où le premier, loin de se désintéresser des

---

<sup>452</sup> Loi n° 2004-541 du 9 août 2004, *JO* 11 août 2004.

<sup>453</sup> Recommandation de la commission, IP/O6/1305 du 4 octobre 2006.

<sup>454</sup> Invitation de la Commission à présenter des observations, *JO* C-263 du 22 Octobre 2005.

structures, « *n'impose finalement que la privatisation des structures ou, version plus sommaire, la séparation comptable des activités* »<sup>455</sup>. Or, puisqu'il s'agit désormais de « *s'inscrire en cohérence dans l'ordre juridique communautaire* »<sup>456</sup>, il semble que le recentrage de la protection des biens publics sur la notion fonctionnelle de service public soit plus que jamais une exigence.

## **Chapitre 2 : Formalisation et apports du critère fonctionnel**

Manifeste en droit comparé, international et communautaire, la prévalence de l'approche et du critère fonctionnel milite pour une mutation du champ actuel de l'insaisissabilité par l'adjonction d'un critère en ce sens. La crainte de voir qualifier l'insaisissabilité d'aides d'Etats au sens du droit communautaire, l'entrave constituée à la valorisation des propriétés publiques et l'efficience relative des voies d'exécution administratives poussent à la formalisation d'un critère fonctionnel. Cette formalisation devra dépasser la double difficulté de revenir sur un principe désormais législatif tout en se préoccupant de l'insertion de dispositions relatives aux voies d'exécution privées et administratives. Il conviendra alors de définir le champ du critère fonctionnel mais surtout la norme et le cadre juridique appropriés pour y remédier (**Section 1**).

Il apparaîtra alors que la limitation fonctionnelle possède un double intérêt. Tout d'abord, dans le cadre contentieux, la limitation fluidifie les voies d'exécution civiles et administratives tout en favorisant la rapidité de traitement des litiges. En outre, la limitation fonctionnelle apparaît en phase avec le droit communautaire qui légitime, dans une certaine mesure, les compensations accordées au titre de la gestion d'un service public. De même cette approche s'inscrit dans une optique de mutation du droit interne conduisant à s'attacher à la finalité des activités de l'Administration en opérant un recentrage autour du critère fonctionnel (**Section 2**).

### **Section 1 : L'établissement d'un critère fonctionnel**

Comme le soulignait le professeur Gaudemet dans le cadre des travaux de l'IGD, une difficulté réside dans le fait que la mutation de l'insaisissabilité recèle une double

---

<sup>455</sup> Benoît Plessix, précité note n° 29.

<sup>456</sup> G. Clamour, Intérêt général et concurrence, Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché (préc.) p.263.

problématique correspondant à sa dualité d'incidences. En effet, il s'agit tout à la fois de revenir sur les incidences patrimoniales et économiques de l'insaisissabilité au niveau des entraves à la valorisation des biens publics, mais aussi de revenir sur les effets directs de l'insaisissabilité au niveau des voies d'exécution. Dès lors, après avoir discuté du champ des biens saisissables dont découlerait une telle limitation (1), il sera nécessaire de s'interroger sur la norme et le cadre juridique adéquats pour satisfaire à cette double exigence (2).

## **1) Le champ des biens saisissables**

En proposant une limitation fondée sur la nécessité de protéger les biens nécessaires à la continuité du service public, il convient tout d'abord de déterminer quelles sont les personnes concernées, ce qui nécessite de s'interroger sur le caractère alternatif, autonome ou cumulatif du critère fonctionnel (A). Ensuite, il convient de s'interroger sur l'intensité du lien devant unir le bien et le service public afin de concilier le double objectif paradoxal de protection des biens publics et de limitation exigée du principe d'insaisissabilité (B). Restera enfin à déterminer si des aménagements en faveur des personnes publiques ne sont pas nécessaires, en leur permettant de lister en amont leurs biens saisissables en priorité, à l'instar de la solution retenue par le législateur belge (C).

### **A) Le champ matériel**

Il s'agit dans ce cadre de déterminer d'abord quelles sont les personnes visées par cette nouvelle proposition (1). Ensuite, il s'agira de se demander quel type d'activité doit être pris en compte. S'agit-il uniquement de relever qu'une activité a le caractère de service public pour que les biens afférents bénéficient d'une telle protection ? Doit-on, dès lors, distinguer les activités relevant d'un SPA et celles relevant d'un SPIC ? Enfin, l'environnement commercial ou concurrentiel d'une activité doit-il être pris en compte pour tempérer éventuellement cette protection ? (2).

#### **1- Les personnes concernées**

S'intéresser en priorité au champ des personnes concernées, c'est paradoxalement poser la question du caractère alternatif, cumulatif ou autonome du critère fonctionnel que le présent mémoire souhaite asseoir. En effet, il s'agit de déterminer si le critère fonctionnel doit

être adjoint au critère organique préexistant ou alors s'il doit être autonome. De même, si le premier cas est retenu, il s'agit de savoir si la dualité de critère est alternative.

D'ores et déjà il convient d'écarter cette dernière solution. Si en effet sont considérés comme insaisissables, soit les biens des personnes publiques, soit ceux concourant à une mission de service public, on tombe dans le non sens. En effet, dès lors qu'on relève la personnalité publique d'une entité, le second critère est totalement superfétatoire et inutile. Quant à la seconde hypothèse, c'est-à-dire le cas où la personnalité publique n'est pas avérée, il conduit finalement à admettre l'autonomie du critère fonctionnel.

Or, concernant cette seconde hypothèse, il convient de rappeler à nouveau que l'objectif du présent mémoire n'est pas de militer dans le sens d'une insaisissabilité des personnes privées gestionnaires de service public. De même, reprenant nos constatations précédentes, il y a en effet présomption de gestion d'une mission de service public par une personne publique, et présomption inverse pour les personnes privées, dont la grande majorité, ne gère bien évidemment pas de service public. Enfin, il ne s'agit pas de limiter le champ de l'insaisissabilité des propriétés publiques tout en élargissant au contraire le champ partiel de l'insaisissabilité des propriétés privées. Le problème notamment de l'exécution des décisions de justice, dans ce cadre au sens large, ne manquerait pas de se poser, inévitablement. De même, cette solution aurait pour effet de priver les personnes privées gestionnaires de service public de la possibilité de recourir à l'investissement privé et à des conditions plus favorables de crédit, s'ils ne peuvent constituer de garanties sur ces biens. En conclusion, le but d'une telle proposition n'est pas de complexifier la situation mais de la simplifier en posant des règles équitables.

Aussi, seule l'hypothèse de cumul des critères organique et fonctionnel semble en mesure d'assurer les objectifs du présent mémoire : limiter le champ de l'insaisissabilité des seules personnes publiques en adjoignant un critère tiré de la nécessité de protéger les biens nécessaires à la régularité et à la continuité du service public géré. L'insaisissabilité sera donc tributaire de la présence d'un critère organique, la personnalité publique, et<sup>457</sup> d'un critère fonctionnel, la gestion d'un service public dont les biens sont nécessaires à l'objectif constitutionnel de continuité et de régularité.

La conservation du critère organique a pour effet bien entendu de comprendre dans le champ des personnes concernées l'ensemble des personnes publiques, y compris donc les

---

<sup>457</sup> Nous soulignons.

EPIC. Contrairement à certaines propositions visant à une limitation de l'insaisissabilité aux seuls EPIC<sup>458</sup>, le fait de conserver un critère organique impose de prendre en compte l'ensemble des personnes publiques au travers de la diversité de leurs missions.

## **2- L'activité gérée par la personne publique**

Après s'être prononcé en faveur du cumul de critères, encore faut-il s'interroger sur le caractère de l'activité exercée par les personnes publiques afin qu'elles puissent prétendre à l'insaisissabilité de leurs biens.

Certains auteurs avaient ainsi proposé de limiter l'insaisissabilité aux seuls EPIC dès lors que, premièrement, ces derniers évoluaient dans un environnement commercial et concurrentiel. Concernant « l'environnement » commercial, cette proposition n'emporte pas l'adhésion, les controverses antérieures s'étant chargées d'en montrer les limites : on tomberait dans les écueils du critère matériel précédemment étudié<sup>459</sup>. En effet où s'arrête et où débute le caractère commercial d'une mission gérée par une personne publique ? Il faudrait une nouvelle fois, par la méthode du faisceau d'indices s'intéresser au « degré de commercialité » d'une entité, en étudiant ainsi si elle dispose de prérogatives de puissance publique, si elle est soumise aux règles de la comptabilité publique, aux règles et usages du commerce... sans que des frontières claires puissent être dégagées.

Le caractère concurrentiel d'une activité est davantage pertinent. Il tendrait finalement à écarter du champ de la saisie les activités et biens afférents constitutifs d'un monopole. En ce sens, ce critère serait dans l'esprit de l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 disposant que « *Tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'une service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité* ». Il mettrait donc à l'abri d'une appropriation privée l'ensemble de ces biens. Pour autant, la concurrence ne doit pas être entendue au sens strict du terme qui l'opposerait notamment à la constitution d'un monopole. Plusieurs remarques à ce sujet méritent donc d'être opérées :

- D'une part, la concurrence au sens premier du terme se définit *comme la situation dans laquelle se trouve une personne ou une entreprise par rapport à une ou plusieurs autres lorsque, tout en faisant des profits, elle peut rivaliser avec elles en offrant un service ou*

---

<sup>458</sup> Voir notamment C. Maugüe et G. Bachelier, ou Roger Perrot, précités note n° 4.

<sup>459</sup> Voir supra p. 29-35.

*un produit au moins équivalent pour un prix au moins égal.* Ainsi, le caractère concurrentiel ne se cantonne pas à une activité donnée ou un cadre restreint mais se regarde au travers d'une analyse de potentialité. Pour reprendre un cas déjà examiné au cours de cette étude, ADP jouit certes d'un monopole sur la gestion des aéroports parisiens. En effet, il détient la gestion de tous les aéroports de la région. Néanmoins, ADP n'est pas le seul gestionnaire d'infrastructures aéroportuaires par exemple dans le cadre européen : il est donc potentiellement concurrencé par d'autres opérateurs.

- Cette analyse est confortée par le Conseil constitutionnel qui dans des décisions de 1986<sup>460</sup> et 2006<sup>461</sup> a estimé que « *La notion de monopole de fait doit s'entendre compte tenu de l'ensemble du marché à l'intérieur duquel s'exercent les activités des entreprises ainsi que de la concurrence qu'elles affrontent sur ce marché de la part de l'ensemble des autres entreprises* ». En d'autres termes, c'est une approche de potentialité qui est retenue. Elle permet en l'espèce de valider la privatisation respectivement de TF1 et de GDF. Aussi, le caractère concurrentiel d'une activité est particulièrement difficile à appréhender et poserait donc de nombreux problèmes au niveau contentieux : la personne publique saisie ne manquerait certainement pas de faire valoir qu'elle n'évolue pas dans un cadre concurrentiel.
- Enfin la pertinence d'un tel critère doit être nuancée. Evoluer dans un secteur qui n'est pas concurrentiel ne signifie pas forcément que la personne publique gère un service public ou concoure à l'intérêt général par l'activité qu'elle exerce. Nous prendrons une nouvelle fois l'exemple de la gestion du domaine privé. En louant ou vendant des biens immobiliers appartenant à leur domaine privé les personnes publiques exercent une activité commerciale et patrimoniale en « bon père de famille » à l'instar de toute personne privée. Certes le produit de ces locations et ventes a le caractère de denier public et permet d'augmenter substantiellement les recettes d'une collectivité par exemple et, partant de là, de concourir à l'intérêt général. D'ailleurs, la gestion domaniale est constitutive d'un service public comme l'a reconnu la jurisprudence<sup>462</sup>, la poursuite d'un intérêt financier par l'Administration ne faisant pas perdre ce caractère à l'activité. Pour autant la saisie d'un bien immobilier prive-t-il d'efficacité l'objectif de continuité et de régularité dudit service public ? Rien n'est moins sûr.

---

<sup>460</sup> Conseil constitutionnel, n° 86-217 DC, 18 septembre 1986, Loi relative à la liberté de communication, JO 19 septembre 1986, p 11294.

<sup>461</sup> Conseil constitutionnel, n° 2006-543, 30 Novembre 2006, Loi relative au secteur de l'énergie.

<sup>462</sup> CE, 30 décembre 1998, Sté Laitière de Bellevue.

Aussi un tel critère n'emporte pas l'adhésion car il présente le travers notable d'ériger en critère central le caractère économique d'une mission au détriment du caractère fonctionnel. Peu importe que la mission ait un caractère commercial, lucratif ou concurrentiel, seul importe l'utilité d'une mission. Dès lors il semble que, au regard de l'objectif de protection des missions d'intérêt général menées par les personnes publiques, la protection des biens nécessaires au fonctionnement des services publics soit le seul critère englobant. Seules les personnes publiques qui gèrent un service public pourront voir leurs biens insaisissables.

Une dernière question pourrait alors émerger : est-il pertinent de distinguer selon que le service assuré relève d'un service public administratif ou d'un service public industriel ? Rapidement, une telle dissociation doit être écartée. D'une part, elle ne présente pas la simplicité requise en la matière, ni d'autre part elle n'apporte de cohérence supplémentaire à cette proposition. En effet, au-delà de la complexité des critères à appliquer, cette distinction ne manquerait pas de relancer les polémiques autour des « *attributions naturelles de l'Etat* »<sup>463</sup>, des « vrais » services publics et des autres, sans que pour autant le caractère réel du service public ne puisse être remis en cause. Le caractère industriel et commercial d'un service public implique certes des aménagements, mais n'est certainement pas de nature, au niveau de son but ultime, à être séparé des services publics administratifs.

En revanche, qu'en est-il pour les activités mixtes menées par des personnes publiques, qui, tout en gérant un service public, exercent également des activités « d'intérêts privés » ? Quel sera le régime de leurs biens, sachant que le plus souvent ceux-là concourent aux deux types d'activité ? Cette problématique était déjà celle entourant l'arrêt BRGM, cet établissement public gérant un service public mais effectuant également des activités de conseil à titre privé. Cette question s'est déjà posée en jurisprudence. A la suite des professeurs Frier et Petit<sup>464</sup>, prenons l'exemple des fédérations sportives qui est, à ce titre, édifiant. Si lorsque les fédérations sportives favorisent le développement du sport amateur la finalité d'intérêt général ne fait aucun doute, qu'en est-il lorsqu'elles organisent des compétitions professionnelles dont les retombées économiques sont importantes ? Après avoir dénié le caractère de service public à ce type d'activités<sup>465</sup>, la jurisprudence s'est finalement rangée à cette acception<sup>466</sup>. « *Dans toutes ces hypothèses, l'activité est pourtant considérée*

---

<sup>463</sup> René Chapus, « *Droit administratif général* », T1, Montchrestien, 15<sup>ème</sup> ed., 2001, § 761.

<sup>464</sup> Pierre-Laurent Fier et Jacques Petit, « *Précis de droit administratif* », Montchrestien, Domat droit public, 4<sup>ème</sup> ed., 2006.

<sup>465</sup> Ce, 26 février 1965, Société du vélodrome du Parc des princes, *RDP*, 1965.506 note Bertrand.

<sup>466</sup> CE, 22 novembre 1974, Fédération des industries françaises d'articles de sport, *Rec.* p. 576.

*comme d'intérêt général car la prise en compte des considérations financières, la recherche d'un profit ou les avantages dont bénéficient des personnes privées, n'interviennent qu'à titre accessoire, complémentaire et non comme une finalité exclusive de l'administration »<sup>467</sup>.*

Si ces problématiques ne manqueront pas de se poser dans le cadre contentieux, il apparaîtra plus en avant dans nos développements que le droit communautaire et, plus largement, les évolutions législatives contribuent à obliger les personnes publiques à séparer leurs activités en terme comptable. La distinction comptable permet alors de rattacher les biens et fonds aux diverses activités menées par les personnes publiques, notamment les établissements publics.

Après avoir déterminé le champ matériel de l'insaisissabilité, il convient désormais de s'attacher à la question de l'intensité du lien unissant le bien au service public.

### **B) L'intensité du lien entre le bien et le service public**

Plusieurs hypothèses peuvent être envisagées successivement, selon que l'on souhaite plus ou moins limiter le champ de l'insaisissabilité : soit par un lien lâche entre le bien et le service public, soit au contraire par un lien ténu unissant les deux.

#### **1- Hypothèse 1 : La simple exécution d'une mission de service public**

C'est l'hypothèse où le lien unissant le bien au service public est le plus lâche dans la mesure où l'on ne s'interroge pas véritablement sur la nature du bien en cause. Ici, l'insaisissabilité est juste fonction de l'exercice ou non d'une mission de service public. Il suffirait dès lors, hors les cas de qualifications législatives<sup>468</sup>, de réunir les critères jurisprudentiels du service public pour que les biens soient déclarés insaisissables<sup>469</sup>.

Si, de prime abord, une telle hypothèse a l'apparence d'un critère fonctionnel, il s'agit en réalité d'un critère matériel puisqu'on ne s'intéresse pas à la nature particulière du bien

---

<sup>467</sup> Pierre-Laurent Frier et Jacques Petit, précité note n° 464, § 309.

<sup>468</sup> Ainsi en est-il par exemple de l'archéologie préventive, consacrée comme service public par l'article 1<sup>er</sup> de la Loi n° 2001-44 du 17 janvier 2001 (JO 18 Janvier 2001, p. 928.) : « *L'archéologie préventive, qui relève de missions de service public, est partie intégrante de l'archéologie (...)* ».

<sup>469</sup> Nous donnerons en raccourci la définition de M. Chapus : « Une activité constitue un service public quand elle est assurée ou assumée par une personne publique en vue d'un intérêt public » (§748). Ainsi pour qu'il y ait service public, deux critères cumulatifs doivent être remplis : rattachement direct ou indirect à une personne public et exercice d'une activité en vue d'un intérêt public. Pour davantage de précision nous renvoyons à René Chapus, « *Droit administratif général* », T1, Montchrestien, 15<sup>ème</sup> ed, 2001, § 746 et suivants.

insaisissable et à la justification de celle-ci, mais à la nature de l'activité gérée : le service public. Ceci sans déterminer si le bien est indispensable pour assurer la régularité et la continuité du service public. Une telle proposition réduirait donc en grande partie l'intérêt d'une telle limitation qui serait bien mince en comparaison du champ actuel.

## **2- Hypothèse 2 : Le bien affecté au service public**

Cette seconde hypothèse pour fonder le critère fonctionnel propose une attache plus conséquente que la précédente dans la mesure où l'affectation a le caractère d'un acte administratif. Le lien ne serait donc pas informel mais textuel. Cette approche possède des avantages comme des inconvénients. L'avantage est bien entendu que cette proposition reprend un des critères fondant la domanialité publique. Dans ce sens, l'insaisissabilité serait donc rattachable au régime de la domanialité publique puisque seul les biens des personnes publiques affectés à un service public seraient insaisissables. L'analogie serait complète dès lors que le bien bénéficierait d'un aménagement indispensable en ce sens<sup>470</sup>.

Le premier écueil d'une telle proposition, c'est que, inévitablement, l'insaisissabilité apparaîtrait comme le prolongement logique du principe d'inaliénabilité du domaine public. Or, il convient de réserver l'éventualité où des biens appartenant au domaine privé concourent également à la réalisation d'un service public. Or, ces derniers sont classés dans le domaine privé soit par qualification législative<sup>471</sup>, soit plus simplement par opportunité, soit parce qu'ils ne satisfont pas à l'exigence d'aménagement indispensable instituée par le nouveau Code<sup>472</sup> ou, enfin, parce qu'ils n'ont jamais fait l'objet d'une affectation formelle alors même qu'ils sont utiles à la réalisation d'un service public.

Ainsi, une telle proposition, si elle a le mérite de la clarification, est quelque peu axiomatique, ne réservant pas les hypothèses où des biens du domaine privé sont indispensables à la réalisation d'un service public. Des pays étrangers ont dans ce sens réservé une telle faculté<sup>473</sup>. Car la notion de service public n'équivaut pas nécessairement à celle de domanialité publique

---

<sup>470</sup> Article 2111-1 du Code général de la propriété des personnes publiques.

<sup>471</sup> Ainsi en est-il par exemple des « bois et forêts des personnes publiques relevant du régime forestier » qui appartiennent au domaine privé en vertu de l'article 2212-1 du Code général de la propriété des personnes publiques.

<sup>472</sup> Article 2111-1 du Code général de la propriété des personnes publiques.

<sup>473</sup> Par exemple le cas de l'Italie qui reconnaît seulement l'insaisissabilité des biens du domaine public ainsi que les biens du domaine privé mais seulement ceux affectés à un service public. Voir sources précitées note n° 411.

Bien entendu, la plupart des biens affectés au service public seront insaisissables dans la mesure où l'affectation est une présomption de nécessité du bien pour assurer la gestion d'un service public.

### **3- Hypothèse 3 : Le bien nécessaire à la continuité du service public**

En réalité, c'est cette dernière proposition qui semble la plus adéquate pour opérer la mutation du principe d'insaisissabilité, notamment parce qu'elle est la plus englobante au niveau des structures et des missions existantes au sein du « secteur public ». Elle reprend par ailleurs les propositions majoritaires de la doctrine tout en cadrant avec un objectif constitutionnel.

En effet, il ressort des propositions précédentes que, soit elles n'opéraient qu'une restriction limitée du champ actuel de l'insaisissabilité, soit elles entraient dans un cadre rigide n'englobant pas la pluralité de situations qui méritent d'être protégées.

Surtout, cette proposition rejoint la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui s'est toujours attachée à assurer la protection de ce principe. Il semble alors que, comme l'avait indiquée la doctrine, la mutation du champ d'insaisissabilité soit valide précisément parce qu'elle opère cette réserve<sup>474</sup>.

En effet, ce qu'il importe de préserver c'est la permanence d'une mission de service public au travers de sa continuité et de sa régularité. Tout comme auparavant certains auteurs regrettaient que les personnes publiques « s'abritent sous le paravent de l'insaisissabilité »<sup>475</sup>, cette proposition a pour but de ne pas permettre aux personnes publiques désormais de s'abriter « sous le paravent du service public ». Si la nécessité de gérer le service public est un élément indispensable et constitue la première étape du raisonnement, seuls les biens nécessaires à la continuité et la régularité du service public sont couverts d'insaisissabilité, car ce sont les seuls à garantir l'objectif de permanence.

Dans ce cadre, il convient de s'attarder plus avant sur les termes de « continuité » et de « régularité » tant ils ont une importance autonome. Admettons qu'une saisie soit opérée

---

<sup>474</sup> En ce sens Yves Claisse (préc. note n°16, § 1612.17) : « On peut malgré tout estimer qu'une disposition législative qui soumettrait les personnes publiques aux voies d'exécution du droit privé (...) ne serait pas en elle-même inconstitutionnelle (...) à condition qu'elle réserve les hypothèse où la mesure d'exécution serait de nature à compromettre les relations internationales de la France (...) et surtout la régularité et la continuité du fonctionnement du service public dont la personne publique a la charge ».

<sup>475</sup> Expression de Robert Perrot, « La garantie de l'Etat à ses établissements publics : une aide incompatible avec le marché commun ? », LPA, 26 Janvier 2000, n° 18, p. 4 et ss.

par exemple sur une locomotive appartenant à la SNCF (cas peu probable nous en convenons) : la saisie de ce bien n'entrave peut être pas la continuité du service public puisque bien entendu la SNCF dispose d'autres machines. Mais en revanche, cette saisie peut être attentatoire à la régularité du service qui ne pourra correctement fonctionner sans ce bien. Plus généralement, l'adjonction des deux termes signifie que la saisie ne doit pas entraver l'exercice « satisfaisant » d'une mission de service public, en la dénaturant de son utilité propre. Ces principes sont par conséquent intrinsèquement liés au principe de mutabilité des services publics.

### **C) La nécessité d'assouplir le régime ?**

En dernier lieu, il se pose la question d'un assouplissement éventuel du régime en place. Le régime doit-il réserver une possibilité pour les personnes publiques de définir elles-mêmes leurs biens susceptibles de saisies, avant même de définir un cadre général ? En d'autres termes, est-ce que la proposition est générale et absolue et permet alors au créancier de la personne publique de choisir les biens sur lesquels il se désintéresse ? Ou alors a-t-elle le caractère de simple cadre restrictif pour les personnes publiques qui seraient alors susceptibles de dresser une liste des biens saisissables, bien entendu sous réserves que ces derniers ne soient pas nécessaires à la continuité et la régularité du service public ?

La Belgique<sup>476</sup>, notamment, réserve cette faculté puisque en premier lieu les personnes publiques ont la possibilité de dresser la liste des biens saisissables. Ce n'est qu'en second lieu, c'est à dire dans les cas où ces biens ne désintéressent pas le créancier ou plus simplement lorsque la personne publique n'a pas rempli cette faculté, que le Code civil belge pose la règle de l'insaisissabilité des seuls biens nécessaires à l'exercice d'une mission de service public. On notera également que cette proposition a déjà été relayée en doctrine<sup>477</sup>. C'est la méthode, prise à contrario, qui fut utilisée par le législateur dans le cadre de la loi du 20 avril 2005, le cahier des charges annexé au décret d'application précisant quels sont les biens insaisissables d'ADP. De manière générale, la flexibilité d'une telle mesure porte en germe les avantages et inconvénients propre à toute forme de flexibilité.

En premier lieu, cette méthode présente un travers évident : son caractère casuistique et limité. En effet, lister les biens saisissables revient à ne pas consacrer une véritable solution

---

<sup>476</sup> Voir supra. P. 104-107.

<sup>477</sup> C. Maugüe et G. Bachelier et M. Perrot, précités note n° 4.

de principe, en laissant aux personnes publiques le soin de dresser, au cas par cas, la liste des biens saisissables en priorité. La seconde difficulté réside dans le fait de savoir quelle autorité dispose du pouvoir de dresser cette liste : est-ce la personne publique elle-même, ou l'autorité de tutelle ? Le premier cas permet d'assurer l'autonomie des collectivités publiques et des établissements publics. Le second permet, *à priori*, d'éviter que des biens affectés à un service public soient énumérés dans ces actes. La dernière hypothèse est celle où la personne publique dresse cette liste sous le contrôle de l'autorité de tutelle, comme c'est le cas en Belgique.

Enfin, une dernière réserve doit être posée. Celle-ci se retrouvera à tous les niveaux, que cette proposition soit retenue ou pas : à qui incombera la charge de la preuve pour démontrer que les biens désignés (ou non) par la personne publique ne sont pas nécessaires à sa mission de service public ? Si le législateur belge a estimé qu'il revenait au créancier, quel que soit le cas, d'assurer cette preuve, la Cour d'appel de Paris du 11 juillet 1984 avait opté pour l'option inverse : « *Il appartiendra à l'établissement en présence d'une demande de saisie de faire la démonstration de l'atteinte à la continuité du service public qui pourrait résulter de celle-ci* »<sup>478</sup>. Il apparaît logique en droit interne qu'il appartienne à la personne publique, débitrice de l'obligation, de prouver qu'un bien est nécessaire à sa mission de service public. Ceci semble découler de la règle civiliste selon laquelle « *Celui qui se prétend libéré (d'une obligation), doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation* »<sup>479</sup>.

Mais cette difficulté, qui sera valable même si cette option n'est pas retenue, montre cependant les limites d'un tel procédé puisque le fait de lister les biens saisissables n'empêchera pas la personne publique d'élever au contentieux cette réserve d'insaisissabilité. Il semble donc que ce procédé ne soit pas exempt de certaines critiques même s'il offre un certain libéralisme aux personnes publiques. En effet, sans passer par une liste énumérative, cette réserve d'insaisissabilité tenant au fait que le bien est nécessaire à la continuité et la régularité du service, sera nécessairement invoquée au plan contentieux. Dès lors à quoi bon une liste de biens saisissables si cela génère quand même une contestation (?)

Toutefois, l'intérêt d'une telle mesure est incontestable. Elle permet aux personnes publiques de désintéresser leurs créanciers sur des biens dont elles estiment pouvoir se séparer sans trop de dommages. Cela permet notamment d'éviter que des biens « à forte valeur

---

<sup>478</sup> CA Paris, 11 juillet 1984, SNCF c/ GARP, précité note n° 46.

<sup>479</sup> Article 1315 du Code civil.

potentielle » soit saisis par les créanciers des personnes publiques, correspondant ainsi à l'objectif de protection des finances publiques.

De même, cette démarche flexible permet, si elle est assumée, d'assurer un cadre juridique clair pour les créanciers des personnes publiques qui, en fonction de ces biens saisissables, savent pertinemment l'objet de leur garanties. Dès lors, même si cette solution n'est pas aisée quant à sa mise en œuvre, un tel régime paraît répondre au double objectif de protection limitée des biens et de valorisation des biens publics par l'octroi de crédits favorables. Sans compter que cette solution ne doit revêtir la forme que d'une « faculté » et non d'une obligation. Aussi, en cas de défaillance, le renvoi aux deux critères organique et fonctionnel permettra de résoudre un éventuel conflit.

## **2) La formalisation d'un critère fonctionnel**

Après avoir fait émerger le champ du critère fonctionnel au niveau des personnes concernées, de l'activité en cause et de la nature particulière du bien, il convient de formaliser une proposition respectant ces prescriptions (A). La norme et le cadre juridique apparaissent cependant comme les difficultés ultimes relevant d'une telle mutation (B).

### **A) Contenu de la proposition**

On peut ainsi résumer les étapes précédentes :

- La proposition devra associer un critère fonctionnel, tenant à la gestion d'un service public, et un critère organique, tenant à la personnalité publique.
- Le lien entre le bien protégé et le service public devra être tenu afin de répondre à l'objectif de limitation conséquente du champ d'insaisissabilité.
- Il convient de formuler une réserve de nature à permettre aux personnes publiques d'établir une liste des biens saisissables en priorité, de manière à désintéresser leur créancier. Cette liste, qui devra être rédigée sous le contrôle de l'autorité de tutelle, devra évidemment répertorier des biens qui ne sont pas nécessaires pour assurer un fonctionnement continu et régulier du service public dont elles ont la charge.

De ce résumé, on peut constater qu'il enchevêtre les différentes approches doctrinales ou de droit comparé. Si, bien entendu, les options choisies n'ont pas la prétention d'être infaillibles, cette réunion d'éléments nous a cependant paru cohérente au regard des limites actuelles du champ de l'insaisissabilité, ainsi qu'aux objectifs de protection et de valorisation

des biens publics. De même, elle s'inscrit naturellement dans la primauté conférée au principe constitutionnel de continuité et de régularité des services publics.

Aussi il semble qu'une proposition restreignant le champ de l'insaisissabilité pourrait être érigée en des termes proches de ceux-ci :

*« Les biens des personnes publiques nécessaires à assurer la continuité et à la régularité d'une activité de service public sont insaisissables.*

*Les personnes publiques ont la faculté d'établir, sous le contrôle de l'autorité de tutelle, une déclaration des biens saisissables en priorité, sous réserve qu'ils ne portent pas atteinte à la continuité et la régularité des services publics dont elles ont la charge.*

*Cette offre lie le créancier si les biens listés sont de nature à le désintéresser.*

*A défaut d'une telle déclaration ou si les biens qui y figurent ne suffisent pas à désintéresser le créancier, seuls les biens qui ne sont pas nécessaires à assurer la continuité et la régularité d'une activité de service public peuvent faire l'objet d'une saisie ».*

## **B) Formalisation de la proposition**

Toutefois, si le contenu découle naturellement de l'argumentation menée depuis le début du présent mémoire, la formalisation même de cette proposition recèle de nombreuses difficultés. Si la question de la norme juridique appropriée ne soulève pas de sérieuses difficultés, il n'en va pas autant du cadre juridique. En effet, revenir sur le privilège d'insaisissabilité nécessite de s'attacher au mode de gestion des biens publics mais aussi aux voies d'exécution.

### **1- La norme juridique appropriée**

A l'heure actuelle, la question de la norme juridique adéquate pour formaliser une telle réduction du principe d'insaisissabilité ne se pose guère. En effet, alors que l'insaisissabilité ne possédait aucun fondement textuel auparavant, le Code général de la propriété des personnes publiques y a remédié, par l'entremise de l'article 2111-1. Dès lors, il semble que seul le législateur peut défaire ce qu'il a entrepris, le recours à la loi étant nécessaire. Le choix d'une formulation générale et absolue s'impose donc

Qui plus est, comme le notait le professeur Arrighi de Casanova<sup>480</sup>, l'article 34 de la Constitution semble imposer un tel choix, puisqu'il relève du domaine de la loi de « *fixer les principes fondamentaux en matière de régime de propriété* ». A n'en pas douter le principe d'insaisissabilité en relève. Dès lors un fondement décrétaire ne saurait suffire.

## **2- Le cadre approprié**

Beaucoup plus problématique est la question du cadre approprié pour revenir sur le principe actuel d'insaisissabilité. Certes, au niveau des règles afférentes à la gestion des propriétés publiques, il apparaît évident que la proposition doit être insérée dans le Code général de la propriété des personnes publiques en substitution de l'actuel article 2111-1. Ceci permet donc de revenir sur le régime propre des propriétés publiques dans un cadre clair.

Mais s'en tenir là serait éluder les problématiques liées aux voies d'exécution. Or celles-ci font partie intégrante des contrariétés objectives présentées par le champ actuel de l'insaisissabilité qui est absolu. L'intérêt de l'adjonction d'un tel critère est en effet de créer une faille dans l'interdiction de recourir aux voies d'exécution du droit commun à l'encontre des personnes publiques. Il convient dès lors de prévoir l'intégration dans les cadres juridiques appropriés de dispositions en ce sens.

Or, comme le notait le professeur Gaudemet<sup>481</sup>, revenir sur ce point présente une double difficulté puisqu'il s'agit également de tenir compte de la spécificité des voies d'exécution administrative qui, logiquement ne prévoient pas de mécanismes de saisies.

Dans un premier temps, il s'agit de modifier le régime des voies d'exécution du droit commun dans le cadre de la loi du 9 juillet 1991, laquelle dispose dans son article 1 alinéa 3 que « *l'exécution forcée et les mesures exécutoires ne sont pas applicables aux personnes qui bénéficient d'une immunité d'exécution* ». Le juge judiciaire de l'exécution est notamment saisi en ce sens en cas de litige où un EPIC est partie au procès. Cette faculté désormais de saisir les biens des personnes publiques prendra place naturellement au côté des procédures classiques de droit commun, dans la réserve naturellement que les biens ne soient pas nécessaires à la régularité et à la continuité du service public.

---

<sup>480</sup> Jacques Arrighi de Casanova, « *Pourquoi réformer le droit des propriétés publiques* », *LPA* 23 Juillet 2004, n° 147, p. 17

<sup>481</sup> Yves Gaudemet, « *La réforme du droit des propriétés publiques : une contribution* », *CJEG*, 2004, n° 608, p. 163 et ss.

Une modification de l'article 1 alinéa 3 précité n'apparaît pas nécessaire puisqu'en soi la loi ne réserve qu'une faculté pour le législateur de déterminer les personnes bénéficiaires d'une immunité, sans nommément désigner les personnes publiques. La modification de l'article 2111-1 du Code général de la propriété publique emportant de manière consubstantielle le caractère vain de cette dernière disposition.

En revanche, il apparaît nécessaire de modifier l'article 38 du décret du 31 juillet 1992<sup>482</sup> définissant les biens saisissables. L'insertion d'un nouvel alinéa paraît nécessaire pour clarifier la situation. Ainsi une disposition précisant que « *Les biens des personnes publiques nécessaires à assurer la continuité et à la régularité d'une activité de service public sont insaisissable* » apparaît souhaitable.

Reste la question infiniment plus délicate de l'opportunité d'insérer des dispositions prévoyant la saisissabilité partielle des biens des personnes publiques au sein même des voies d'exécution administratives. Le professeur Gaudemet et l'Institut de gestion déléguée semblent écarter cette solution, la possibilité de saisir les biens des personnes publiques devant rester exclue des voies d'exécution administratives. Ainsi dans le cadre d'un contentieux administratif, les mesures d'exécution forcées doivent être prohibées.

Il apparaît cependant qu'une telle évolution soit envisageable. Au préalable, il conviendrait d'enfermer la possibilité de saisies dans des délais importants afin de ne pas priver d'effets les mesures de contraintes instituées par la loi du 16 juillet 1980 : l'injonction, l'astreinte ou encore la possibilité réservée par l'article 311-1 du CJA d'infliger une amende. De même, la procédure d'inscription d'office des dettes nées de condamnation judiciaire offre en effet des garanties importantes d'exécution des décisions de justice par les personnes publiques. Aussi, ces procédures doivent-elles être menées jusqu'à leur terme dans la mesure où, dans la majeure partie des cas, elles sont efficaces.

Deux raisons cependant militent pour qu'une telle disposition soit insérée :

- Il n'est pas satisfaisant au regard de l'état de droit de laisser perdurer des situations où, pour des motifs divers, l'exécution n'aboutit pas sans réserver la possibilité pour le créancier de recourir à des mesures d'exécution forcée. Il en est de même en cas de simple

---

<sup>482</sup> Article 38 du décret n° 92-755 du 31 Juillet 1992 pris en application de la Loi du 9 Juillet 1991 : « Tous les biens mobiliers ou immobiliers, corporels ou incorporels, appartenant au débiteur peuvent faire l'objet d'une mesure d'exécution forcée ou conservatoire, si ce n'est dans les cas où la loi prescrit ou permet leur insaisissabilité » (JO, 5 Août 1992).

exécution tardive. En enfermant dans des délais la nécessité pour les personnes publiques d'exécuter une décision de justice, sous peine de voir leurs biens saisis, l'efficacité des voies d'exécutions administratives serait probablement davantage assurée.

- Si la compétence du juge judiciaire dans les contentieux où des personnes publiques sont concernées ne cesse de s'étendre<sup>483</sup>, le contentieux administratif reste bien entendu majoritaire pour traiter de ces litiges. Notamment en matière contractuelle où, que ce soit par qualification législative<sup>484</sup> ou application des critères jurisprudentiels<sup>485</sup>, les contrats administratifs relèvent de la compétence du juge administratif. Dès lors il semble que la possibilité de recourir à des voies d'exécution allant jusqu'à la saisie paraît admissible, dès lors que celle-ci représente un ultima ratio. Ne pas intégrer cette notion serait priver un nombre considérable contentieux de solutions ultimes.

Une telle évolution est sans doute quelque peu aventureuse en matière de voies d'exécution administratives. Il n'en demeure pas moins que les saisies ne semblent pas inconcevables dans ce cadre, si elles demeurent confinées au stade de l'ultima ratio, et bien entendu sous réserve que les biens ne soient pas nécessaires au fonctionnement régulier et continu des services publics,.

## **Section 2 : L'intérêt du critère fonctionnel**

Restreint aux seuls biens nécessaires à assurer la continuité et la régularité des services publics, le champ de l'insaisissabilité qui en résulterait génèrerait des avancées notables. On peut distinguer notamment les apports du critère fonctionnel dans le cadre contentieux (1), cette limitation ayant permis la soumission partielle des personnes publiques aux voies d'exécution du droit commun. Des effets tout aussi évidents sont notables enfin dans le cadre global de l'évolution unitaire du droit des propriétés publiques, cette innovation

---

<sup>483</sup> On peut penser à la réserve de compétence au profit du juge judiciaire concernant les SPIC sauf lorsqu'ils sont relatifs à l'organisation du service public (Ex : CE, 26 Juin 1989, Société Etudes et consommation, *Rec.* p. 544), en matière de protection des libertés individuelles (sur le fondement ultime de l'article 66 de la Constitution), pour le contentieux de l'hospitalisation d'office en hôpitaux psychiatriques (Article L 3213-1 du Code de la santé publique), en matière de voie de fait et d'emprise, d'accidents de circulation causés par des véhicules (Loi du 31 décembre 1957)... Pour davantage de précisions, nous renvoyons à René Chapus, précité note n°25, § 1047 à 1130 notamment.

<sup>484</sup> Ainsi par exemple les conventions d'occupation du domaine public (Article L. 2333-1 CG3P), les contrats relatifs aux travaux public (Loi du 28 Pluviôse an VIII) ou encore les marchés publics passés en application du Code des marchés publics (Article 1 CMP).

<sup>485</sup> Les critères jurisprudentiels du contrat administratif sont cumulatifs : Présence d'une personne publique au contrat et rattachement à l'activité publique (3 critères alternatifs : clause exorbitante de droit commun, exécution du service public ou régime exorbitant du droit commun). Pour davantage de précision nous renvoyons à P-L. Frier et Jacques Petit, précités note n°464, § 563-576.

étant d'une part respectueuse des prescriptions communautaires et, d'autre part, conforme à l'objectif actuel de valorisation des biens publics (2).

## **1) Les apports du critère fonctionnel dans le cadre contentieux**

En mettant fin à l'immunité absolue dont jouissaient les personnes publiques, l'adjonction d'un critère fonctionnel permet une évolution considérable au plan contentieux, favorisant l'exécution des décisions de justice tout en limitant les risques de contrariétés avec l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme (A). Si cette évolution engendre par conséquent de nombreux bouleversements, il semble que les doutes évoqués en partie par la doctrine puissent être évacués (B).

### **A) L'exécution optimisée des décisions de justice**

En réservant la possibilité de recourir aux voies d'exécution à l'encontre des personnes publiques dans certaines limites, le traitement des litiges gagnerait tout d'abord en célérité, ce qui ne semble guère superflu au vue de la durée excessive d'exécution que les chiffres révèlent (1). En outre, au-delà du cadre pratique, cette évolution marquerait le souci accru de respecter l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme (2).

#### **1- La célérité du traitement des litiges**

« *Et je gagne à ma cause. A cela que fait-on ? Mon chicaneur s'oppose à l'exécution.* »<sup>486</sup>. Ainsi concluait avec un brin d'humour M. Prévault, citant Racine, dans ses observations sous l'arrêt du TGI de Paris de 1984. Si le « chicaneur » en question est indéterminé en l'espèce, nul doute qu'il aurait pu avoir la qualité de personne publique, tant il est vrai que celles-ci ont opposé souvent le privilège d'insaisissabilité pour se dégager de leurs obligations.

« *L'honnêteté veut que l'on paie ses dettes. L'état de droit (...) c'est un certain ordre de la société, assurant, notamment, l'effectivité des droits des créanciers et des obligations des débiteurs. Or si le citoyen débiteur doit payer son dû, l'Etat n'échappe point à cette règle et il se doit même, en tant que garant de l'Etat de droit, d'être exemplaire* ». C'est en ces

---

<sup>486</sup> (*Les plaideurs*, acte I, scène VIII, Jean Racine), cité par Jacques Prévault dans sa note sous l'arrêt TGI Paris, 1<sup>ère</sup> ch., 1<sup>ère</sup> sect, 1<sup>er</sup> février 1984, GDF c/ Sté Omnium d'investissement auxiliaire, *JCP* 1984, II, n° 20294.

termes que débutaient les conclusions du commissaire du gouvernement Charbonnier<sup>487</sup> sous l'affaire BRGM du 21 décembre 1987, laissant présager d'une évolution du droit. Pourtant, après avoir stigmatisé l'attitude du BRGM qui, douze ans après la survenance du litige, refusait toujours de payer ses dettes, M. Charbonnier concluait à l'insaisissabilité absolue des biens publics en délivrant cette dernière phrase : « *Ce qui, en effet, lie votre décision, c'est la seule existence légale d'un système de contrainte administrative tendant au paiement des dettes des personnes morales de droit public, abstraction faite de son efficacité pratique* »<sup>488</sup>. Le statu quo avait prévalu.

Cette conclusion en forme de La palissade est révélatrice de l'économie générale actuelle du droit positif, lorsque l'insaisissabilité « organique » des personnes publiques est tellement absolue qu'elle confine à l'absurde. Une telle conclusion revient finalement à signifier que le moyen tiré de l'inefficacité des procédures mises en place est inopérant... dès lors qu'existent ces procédures. Si l'argumentation juridique est fondée, elle se désintéresse en tout cas des réalités pratiques qui en découlent.

Le propos n'a pas pour objectif « d'accabler » les personnes publiques, dont l'immense majorité exécute les décisions de justice les condamnant, mais de relever le caractère foncièrement inéquitable d'une telle solution. Et surtout de relever la clairvoyance que représente l'adjonction du critère fonctionnel. En effet, l'intérêt d'adjoindre un critère fonctionnel prend toute son ampleur dans ce cadre, en mettant fin à l'insaisissabilité « absolue et permanente » qui, parfois, aboutissait à des situations kafkaïennes. En brisant l'immunité d'exécution, la limitation fonctionnelle permet donc de contraindre les personnes publiques à exécuter les décisions de justice dans la limite des biens qui seraient strictement nécessaires pour assurer la continuité et la régularité du service public dont elles ont la charge. L'intérêt de la possibilité d'opérer des saisies est double, par son caractère « répressif », mais aussi dissuasif. Il permet, en tout cas théoriquement, d'une part de vaincre l'opposition d'une personne publique, d'autre part d'accélérer la rapidité de l'exécution des décisions de justice.

Dans la situation actuelle, le créancier de l'Administration n'a pas d'autre choix que d'élever un contentieux au niveau administratif afin que les mécanismes de la loi du 16 juillet 1980 jouent pour contraindre la personne publique à s'exécuter. En permettant la saisie partielle des biens des personnes publiques, la rapidité de l'exécution des décisions de justice

---

<sup>487</sup> Conclusions Charbonnier, sous l'arrêt Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 21 décembre 1987, BRGM c/ Lloyd Continental, *RFDA*, 1988, p 771 et ss.

<sup>488</sup> Ibid.

est confortée puisque les créanciers de l'Administration n'ont plus à former un contentieux administratif en vue de contraindre leur débiteur récalcitrant. Ils n'ont plus qu'à s'en remettre à la loi du 9 juillet 1991 et aux dispositions insérées dans le décret du 31 juillet 1992.

Cette nécessité de célérité apparaît primordiale tant il est vrai que l'écart est mince entre une inexécution pure et simple et une exécution (très) tardive ; on peut songer aux douze ans de combat juridique, sans finalité, pour le créancier du BRGM. Comme le révélait le rapport du Conseil d'Etat relatif à l'exécution des décisions des juridictions administratives<sup>489</sup>, 5 % des litiges donnaient lieu en 1988 à une exécution tardive (sans que l'on sache exactement ce qui relève du caractère « tardif »...) soit environ un millier de cas, ce qui n'est pas négligeable. De manière plus globale, le rapport notait surtout que « *la durée moyenne d'exécution des décisions de justice par l'administration est sensiblement affecté par l'existence d'un recours en appel : le jugement de première instance est exécuté dans un délai de vingt et un mois en moyenne lorsqu'il n'est pas contesté et dans un délai de cinquante et un mois dans le cas à l'inverse* »<sup>490</sup>.

Si l'on rapproche cette constatation de notre proposition précédente, visant éventuellement à renvoyer aux voies d'exécution du droit commun en cas de persistance du refus d'exécution, il semble que celle-ci soit légitime. Même l'avocat général Pierre Sargos<sup>491</sup> évoquait dans son étude la possibilité d'ériger la saisissabilité en ultima ratio des voies d'exécution. On peut d'ailleurs comparer le temps nécessaire pour l'exécution des décisions de justice (de 21 à 51 mois), avec le délai théorique de quatre mois à compter de la notification du jugement, pour qu'il soit procédé à l'ordonnancement et au mandatement des sommes nées d'une condamnation judiciaire<sup>492</sup>.

De même qu'en est-il de l'efficacité des voies d'exécution administratives lorsque, par exemple, un établissement public est dans l'impossibilité de faire face à sa dette...et que ses biens sont insaisissables ?

Certes le rapport du Conseil d'Etat évoquait la possibilité pour la Section des rapports et études de s'ériger en médiateur par la pratique de la concertation. Celle-ci, dans un cas précis « *a conduit à arrêter de commun accord le cours des intérêts à une date donnée et à*

---

<sup>489</sup> Rapport du Conseil d'Etat sur l'exécution des décisions des juridictions administratives, *RFDA*, Juillet-Août 1990, p 481.

<sup>490</sup> *Ibid.*

<sup>491</sup> Pierre Sargos, « *L'exécution des décisions judiciaires portant condamnation d'une personne publique* », in Rapport général de la Cour de cassation 1987, 1987, p. 122 et ss.

<sup>492</sup> Article 911-1 CJA.

*étaler dans le temps le paiement de la somme due ; si le droit n'y trouvait pas totalement son compte, l'entreprise a pu ainsi récupérer l'essentiel de sa créance et l'établissement public s'affranchir de sa dette »<sup>493</sup>. L'écueil d'une telle solution est contenu dans cette affirmation puisque, par honnêteté intellectuelle, le rapport mentionne que « le droit n'y trouvait pas totalement son compte ». Or, en adjoignant un critère fonctionnel au critère organique, et par là même en mettant fin à l'immunité d'exécution des personnes publiques, les créanciers disposent d'un moyen beaucoup plus rapide et surtout conforme au principe de légalité.*

De même, un premier pas semble être franchi par les derniers arrêts relatifs à la Société du port de gestion de Campoloro<sup>494</sup>. Condamnée à une somme d'argent très importante, une collectivité corse ne pouvait faire face à ses dettes nées d'une condamnation judiciaire. Les moyens financiers étaient tellement faibles que même en diminuant de manière drastique les dépenses et, corrélativement, en augmentant les ressources communales, sur une période pluriannuelle, la collectivité publique n'aurait pu honorer sa dette. Le Conseil d'Etat<sup>495</sup> avait alors admis la possibilité pour le préfet de procéder à la vente des biens communaux sous réserve que la privation de ces biens n'entrave pas la régularité et la continuité des services publics. Il convient de relever à titre incident la pertinence du critère fonctionnel qui, dans un autre cadre, a une nouvelle fois prévalu. De même, la validité d'une telle solution conduit à voir un signe supplémentaire de l'affaiblissement du caractère absolu de l'insaisissabilité. Certes, en l'espèce, il ne s'agit pas de « saisie » à proprement parler. Cependant, cette proposition fait échec au principe d'insaisissabilité puisque aboutissant à des effets similaires.

Cette solution pourrait constituer également un *ultima ratio* aux voies d'exécution administratives. Cependant, et même si nous nous en remettons à de la casuistique, plus de dix ans se sont écoulés en l'espèce entre le jugement de première instance<sup>496</sup> et l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH)<sup>497</sup> qui a validé ces ventes. Cela ne semble pas être un gage de célérité alors que, à l'inverse, la possibilité de recourir à des saisies semble un moyen plus approprié en ce sens.

---

<sup>493</sup> Rapport du Conseil d'Etat sur l'exécution des décisions des juridictions administratives, précité note n° 486.

<sup>494</sup> Voir notamment CE, 18 Novembre 2005, Société fermière de Campoloro et autres note Pierre Bon, *RFDA*, 2006, p 341 et ss ; *DA*, Février 2006, p. 33 note Guettier ; *JCP G*, 2006, p. 568 et s note Linotte. Voir également CEDH, 26 Septembre 2006, Sté de gestion du port de Campoloro et autre c/ France, *D*, 2007, p. 545 Note Hugon.

<sup>495</sup> CE, 18 Novembre 2005, Société fermière de Campoloro, *Ibid*.

<sup>496</sup> TA Bastia 30 mars 1995, Société de gestion du port de Campoloro et autre c/ Préfet de la Haute Corse, *D*, 1995, p. 553.

<sup>497</sup> CEDH, 26 Septembre 2006, Sté de gestion du port de Campoloro et autre c/ France, *D*, 2007, p. 545 Note Hugon.

Dès lors il ressort de l'ensemble de ces observations que l'ajout d'un critère fonctionnel permet de mettre fin à l'insaisissabilité absolue des propriétés publiques, en offrant aux créanciers des personnes publiques un moyen plus rapide pour assurer l'exécution des décisions de justice. Ce souci d'optimisation de l'exécution des décisions de justice et de rapidité ne répond d'ailleurs pas qu'à des contrariétés internes. En effet, le droit européen, dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme accorde toute sa vigilance à l'exécution effective et ponctuelle des décisions de justice.

## **2- Le respect de l'article 6 § 1 de la CEDH**

En effet, au-delà des problématiques internes, le droit communautaire est soucieux des mêmes objectifs d'effectivité et de célérité de l'exécution des décisions de justice par l'entremise de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme, fondant la notion de procès équitable. Alors que, au sens littéral, l'article 6 § 1 ne semble s'attacher qu'à la phase proprement dite du procès, la Cour européenne des droits de l'homme, par une décision du 19 mars 1997<sup>498</sup> va étendre le sens dudit article à la phase de l'exécution. En effet, la Cour estime que fait partie du droit à un procès équitable le fait qu'une décision de justice soit exécutée, et ce promptement : *« Toutefois ce droit serait illusoire si l'ordre juridique interne d'un Etat contractant permettait qu'une décision judiciaire définitive et obligatoire reste inopérante au détriment d'une partie. En effet, on ne comprendrait pas que l'article 6 § 1 décrive en détail les garanties de procédure (...) accordées aux parties et qu'il ne protège pas la mise en œuvre des décisions judiciaires (...). L'exécution d'un jugement ou arrêt, de quelque juridiction que ce soit, doit donc être considérée comme faisant partie intégrante du « procès » au sens de l'article 6 ».*

On appréciera au passage l'approche finaliste de la Cour qui ne s'attache pas à l'existence d'une règle mais à ses effets. Peu importe qu'il existe une règle de nature à contraindre les personnes publiques à exécuter les décisions de justice, faut-il encore qu'elle soit réellement effective, tant en terme de finalité que de célérité.

En étendant le champ d'application de l'article 6 § 1, la question de la remise en cause de l'insaisissabilité en droit interne n'allait pas manquer de se poser. Si certains auteurs estimaient que le droit interne, par la mise en place de la loi du 16 Juillet 1980, offrait des

---

<sup>498</sup> CEDH, 19 mars 1997, Hornsby c/ Grèce, aff. 107/1995, JCP 1997, N° 47, p. 507, Note O. Dugrip. Et F. Sudre.

mécanismes conformes aux objectifs conventionnels<sup>499</sup>, d'autres y voyaient au contraire une contrariété directe avec le droit interne<sup>500</sup>.

Or, à double titre l'insaisissabilité dans son champ actuel paraît attentatoire à l'article 6 § 1.

D'une part, en étant absolue, l'insaisissabilité qui pourrait être considérée comme un dernier recours pour recouvrer sa créance prive la possibilité d'exécution effective. C'est en ce sens déjà que M. Sargos relevait le fait que la Commission avait été saisie par une administrée belge réclamant en l'espèce 2 millions de F belge en réparation d'un dommage causé par l'Etat. Passée en force de chose jugée, la décision de justice n'avait pas été exécutée. La requérante s'était alors tournée vers la Commission en invoquant « *l'inexistence en droit belge d'un moyen effectif en vue de contraindre l'Etat à verser une indemnité à laquelle il a été condamné, les biens de l'état belge étant insaisissables* ». Bien que cette affaire ne fut pas jugée (l'Etat belge avait finalement obtempéré), le conseiller référendaire Sargos<sup>501</sup> procédait à une analogie en estimant qu'un requérant français pouvait tout à fait se retrouver dans une situation identique après avoir constaté l'inefficacité des mécanismes de la loi du 16 juillet 1980.

D'autre part, le fait que les biens soient insaisissables nuit naturellement à la célérité de l'exécution des décisions de justice. En effet, l'insaisissabilité se présente « *comme une atteinte à la protection concrète et effective des individus puisqu'il allonge les délais de procédure pour le justiciable* ». Partant de ce postulat, Mme Clamens<sup>502</sup> estimait aussi que, sur le fondement de l'article 17 de la déclaration des droits de l'homme, « *l'exécution différée de la créance du justiciable constitue une atteinte à un droit patrimonial qui préfigure une remise en cause du principe d'insaisissabilité des biens des personnes publiques* ». La Cour relève d'ailleurs la pertinence de cet argument en indiquant notamment le caractère excessif du délai de 5 ans durant lequel la décision n'a pas été exécutée.

Aussi, il semble que l'ajout d'un critère fonctionnel est de nature à favoriser l'optimisation des décisions de justice, tout d'abord en mettant fin à l'immunité d'exécution

---

<sup>499</sup> Voir en ce sens notamment F. Sudre et O. Dugrip (Ibid) pour lesquels la seule réserve de conformité réside dans le fait que la jurisprudence interne ait posé des limites à l'obligation de concours de la force publique en matière de voies d'exécution.

<sup>500</sup> Voir en ce sens : Pierre Sargos, « *L'exécution des décisions judiciaires portant condamnation d'une personne publique* », in Rapport général de la Cour de cassation 1987, 1987, p. 122 et ss ; Stéphanie Clamens « *Vers la remise en cause du principe d'insaisissabilité des biens des personnes publiques* », AJDA 20 octobre 2000, p. 767 ; Elisabeth Baraduc « *Les prérogatives de la puissance publique pour résister à l'exécution* », RDC, Février 2005, p. 143 et ss.

<sup>501</sup> P. Sargos (Ibid).

<sup>502</sup> S. Clamens, précitée note n° 64.

des personnes publiques. Ensuite, il favoriserait la célérité de l'exécution, tout en réservant l'hypothèse d'intérêt général tenant à la nécessité de continuité et de régularité des services publics. A titre incident, on notera que le droit européen s'est, dans un autre cadre, saisi du problème d'inexécution des décisions de justice par les personnes publiques, adressant notamment une recommandation en ce sens<sup>503</sup>.

## **B) Approche critique**

Parfois indiquée en tant que justification classique du principe d'insaisissabilité, les auteurs semblaient abandonner la pertinence du critère fonctionnel au regard des contrariétés juridiques et pratiques auxquelles il semblait conduire. Ces contrariétés ne semblent pas dirimantes.

### **1- L'imbrication avec les voies d'exécution administratives**

Un premier écueil de cette mutation serait de considérer que l'architecture des voies d'exécution en droit interne s'écroulerait, en ne conférant plus une distinction claire entre les voies d'exécution du droit commun, auxquelles les personnes publiques se soustraient, et les voies d'exécution administratives. On peut en effet considérer que l'architecture était cohérente, même si emprunte de rigidité. Pour autant, il ne semble pas que la proposition ici formalisée métamorphose la cohésion de l'édifice.

En effet, la proposition a pour objectif certes d'ouvrir les procédures d'exécution forcées du droit privé à l'encontre des personnes publiques, mais aucunement de remettre en cause les voies d'exécution administratives propres au contentieux administratif. Ainsi, les voies d'exécution du droit commun sont ouvertes dans le cadre de contentieux judiciaires tandis que les voies d'exécutions administratives se doivent de prévaloir en contentieux administratif.

La réserve tenant au fait que, à l'issue d'un délai suffisamment important, et au cas où l'exécution n'est pas assurée par les mesures administratives, il soit envisageable de renvoyer le créancier aux mesures d'exécution forcées du droit commun, ne semble pas mettre en péril cette *summa divisio*. Elle permet d'assurer la cohérence des voies d'exécution du droit commun applicables à tout contentieux judiciaire. Tandis que les mesures spécifiques, destinées à admettre une certaine forme de mansuétude à l'égard des personnes publiques

---

<sup>503</sup> Recommandation (Rec) 2003-17 sur l'exécution des décisions de justice, du Conseil des ministres du 9 septembre 2003.

mais aussi à assurer la protection de leurs biens dans une mesure raisonnable, gardent leur prééminence pour un temps donné.

Il faudrait également prévoir l'hypothèse où les voies d'exécution du droit commun seraient inefficaces, dans la mesure où tous les biens de la personne publique débitrice seraient insaisissables car nécessaires au fonctionnement régulier et continu du service public. Bien qu'improbable dans les faits, il semblerait alors logique que le créancier puisse mettre en œuvre les mesures de la loi du 16 juillet 1980 afin de la contraindre. Certes, sans que la finalité soit assurée... mais avec des garanties d'efficience tout de même plus sérieuses.

## **2- Les contrariétés juridiques et pratiques**

Une partie de la doctrine<sup>504</sup>, en admettant que la continuité des services publics puisse fonder l'insaisissabilité, écartait finalement ce fondement en prétextant de l'atteinte que ne manquerait pas de constituer l'immixtion du juge judiciaire dans la sphère administrative. Prenant appui sur la loi des 16 et 24 août 1790, certains estimaient qu'une telle proposition conduirait notamment à ce que le juge judiciaire se prononce sur le périmètre des services publics en jugeant des biens nécessaires ou non à leur fonctionnement régulier et continu. Les critiques allaient parfois jusqu'à mettre en doute la compétence « réelle » des juges du fond en la matière, notamment lorsque la Cour d'appel de Paris valida les saisies à l'encontre de la SNCF qui portaient à hauteur de 100 millions de francs<sup>505</sup>.

Pourtant il semble que cette contrariété n'en soit pas une. D'une part la loi des 16 et 24 août 1790 n'a pas valeur constitutionnelle<sup>506</sup>. D'autre part, en droit positif, on peut trouver de nombreuses dérogations à l'interdiction pour le juge judiciaire de s'immiscer dans la sphère publique. Les réserves de compétence en matière de SPIC, de voies de fait, d'emprises...sont autant de domaines où le juge judiciaire intervient alors que des personnes publiques sont en cause<sup>507</sup>. En outre, le Conseil constitutionnel semble consacrer seulement la

---

<sup>504</sup> Voir en ce sens P. Yolka, « *La propriété publique, éléments pour une théorie* », LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 191, 1997, p. 597 : « *A partir de quand y a-t-il atteinte à la continuité du service public ?* ». De même voir les doutes éprouvés par M. Richer (précité note n°2) : « *Il est d'abord difficile et parfois impossible de distinguer ce qui relève du cadre strict de la mission de service public et ce qui n'en relève pas* » ; M. Amssek (précité note n°46, § 33) : « *A partir de quand d'ailleurs doit-on estimer la perturbation susceptible d'être occasionnée suffisamment grave pour faire obstacle à la saisie envisagée* ». Voir également M. Denoix de Saint Marc (précité note n°46) et M. Moysan (précité note n° 179).

<sup>505</sup> Voir en ce sens M. Ducos-Ader (précité note n° 46) et M. Moysan (précité note n°182).

<sup>506</sup> Conseil constitutionnel, n° 86-224 DC, 23 Janvier 1987, *AJDA*, 1997, p. 315, note Chevellier.

<sup>507</sup> Voir supra p. 139, note n° 483..

compétence exclusive du juge administratif en matière de réformation ou d'annulation des actes administratifs<sup>508</sup>.

Enfin, quand bien même ces réserves ne seraient suffisantes, il existe un moyen très simple de se dégager de cette contrariété. Comme le notait M. Sargos<sup>509</sup>, « *cette difficulté, à supposer qu'elle soit sérieuse, pourrait se résoudre par la technique des questions préjudicielles, le juge civil renvoyant au juge administratif la difficulté née de la mise en cause du fonctionnement du service public par l'effet de la saisie* ». Aussi, la technique des questions préjudicielles renverse cette contrariété juridique, contrariété qui doit être nuancée puisque, dans de nombreux cas, cette réserve tenant à la continuité des services publics ne saurait être invoquée.

De même, de façon plus large, il peut être difficile d'appréhender quels sont les biens relevant du service public, voire même ceux strictement nécessaires à cette fonction. Ici, le droit communautaire vient en aide : en effet, la directive du 25 juin 1980<sup>510</sup> relative à la transparence des relations financières entre les Etats membres et les entreprises publiques impose à ce titre une distinction fonctionnelle dans leur régime comptable. En vertu de l'article 2, ces organismes « *ont l'obligation de tenir des comptes séparés relatifs, d'une part aux activités pour lesquelles ils sont soit chargés d'une mission de service public pour laquelle ils reçoivent une compensation, soit bénéficiaires de droits exclusifs ou spéciaux, d'autre part, à leurs activités de production de biens ou services marchands* ».

Cette directive, transposée par l'Ordonnance du 7 juin 2004<sup>511</sup>, offre donc une clarification entre les biens et fonds nécessaires à l'exécution d'une mission de service public et les autres ressources. Les directives de libéralisation imposent ainsi aux différents secteurs de respecter ces prescriptions. Ainsi, comme le note Mme Clamens<sup>512</sup>, l'approche communautaire «  *vise à séparer les différentes activités que peut exercer un même opérateur* » (activités mixtes). La directive du 29 juillet 1991<sup>513</sup> relative au développement

---

<sup>508</sup> CC N° 86-224 DC du 23 janvier 1987, loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence, voir GAJA, Dalloz, 2003, p. 688.

<sup>509</sup> P. Sargos, précité note n° 2.

<sup>510</sup> Directive n° 80-233/CEE modifiée par la Directive 2006/111/CE de la Commission du 16 novembre 2006.

<sup>511</sup> Ordonnance n° 2004-503 du 7 Juin 2004 portant transposition de la directive 80/723/CEE relative à la transparence des relations financières entre les Etats membres et les entreprises publiques, JO 10 juin 2004.

<sup>512</sup> Voir S. Clamens, précitée note n° 64.

<sup>513</sup> Directive 91/440/CEE du 29 juillet 1991 relative au développement des chemins de fer communautaire, JOUE, L-237 du 24 août 1991.

des chemins de fer communautaires ou celle du 19 décembre 1996<sup>514</sup> concernant le marché intérieur de l'électricité, reprennent par exemple cette obligation de séparation comptable.

Au-delà des entreprises publiques, et donc du cas des EPIC, la LOLF<sup>515</sup> semble consacrer des obligations similaires pour l'Etat puisqu'elle substitue, notamment par ses articles 7 et 27, à une comptabilité de caisse une comptabilité patrimoniale. De même, à une gestion passive elle substitue une gestion de performance. Or dans ce cadre, le budget de l'Etat se doit d'optimiser la gestion publique en présentant les actions de l'Etat d'une façon qui permette de connaître les objectifs de la gestion publique, le coût de ces objectifs, et de mesurer de manière précise la façon dont ils sont réalisés.

Il semble alors que les mécanismes comptables récents simplifient grandement l'approche des juges pour déterminer quels sont les biens nécessaires à la continuité du service public. L'approche finaliste du droit communautaire ressort déjà de ces observations. Elle permet de justifier l'approche de la Commission concernant l'insaisissabilité qui, selon elle, pourrait être constitutive d'une aide d'Etat. Mais en relevant la possibilité que les obligations de service public fassent l'objet de compensations voire d'octrois de droits exclusifs ou spéciaux, le droit communautaire laisse entrouvert la possibilité de maintenir le privilège d'insaisissabilité dès lors qu'il est justifié et limité par un critère fonctionnel.

## **2) Les apports du critère fonctionnel dans le cadre de l'évolution unitaire du droit des propriétés publiques**

Si déjà dans le cadre contentieux, les apports du critère fonctionnel sont perceptibles, il en va de même au niveau plus général de l'évolution du droit interne, le critère fonctionnel oeuvrant pour la clarté et l'unité du droit, recentré sur la prééminence finaliste (**B**). Surtout, l'adjonction du critère fonctionnel semble en conformité au regard du droit communautaire, d'une part au strict plan de l'insaisissabilité, d'autre part au niveau du prisme général que suit le droit communautaire (**A**).

---

<sup>514</sup> Directive 96/92/CE du Parlement et du Conseil européen du 19 décembre 1996 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, *JOUE*, L 027 du 30 janvier 1997, p 20-29.

<sup>515</sup> Loi organique n° 2001-692 du 1<sup>er</sup> Août 2001, *JO* du 2 août 2001.

### A) Une innovation respectueuse du droit communautaire

« L'un des traits caractéristiques de notre droit administratif à l'heure actuelle est de s'attacher aux réalités concrètes, en écartant toute querelle théorique sur l'essence des institutions, pour définir seulement les actes qui manifestent l'existence sociale de celle-ci ». Cette affirmation, qui résumerait bien l'approche finaliste communautaire et corrélativement les défis actuels de notre droit public interne, a plus d'un demi-siècle. C'est en effet dans ses termes que le professeur Dufau ouvrait ses « *Remarques sur la notion d'entreprise publique* »<sup>516</sup>.

Force est de constater, en s'inspirant de cette observation, l'actualité d'une telle approche, principalement au regard du droit communautaire. Ce dernier privilégie en effet une analyse concurrentielle fondée sur la nature des activités, et les éventuelles dérogations qui seraient justifiées, et non sur la qualité d'un organe.

En qualifiant l'insaisissabilité, et ses corollaires, d'aides d'Etats, le droit communautaire semble sonner le glas de l'insaisissabilité. Mais, plus exactement, il semble que ce n'est pas l'insaisissabilité en tant que telle qui soit compromise, mais son fondement exclusivement organique. Dès lors, en insérant un critère fonctionnel tenant à la nécessité de protéger les biens nécessaires au fonctionnement régulier et continu du service public, il semble que le droit communautaire puisse accorder sa bienveillance à une insaisissabilité partielle.

En effet la notion de service d'intérêt économique général (SIEG) en droit communautaire, se définit comme « *toute activité d'intérêt général exercée par une entité publique ou privée à qui l'exercice d'une telle activité a été confiée par un acte de puissance publique* »<sup>517</sup>. La définition est proche de l'acception interne du service public. Or, le régime applicable aux SIEG est susceptible d'offrir des dérogations au droit de la concurrence et, plus généralement, paraît admettre la validité d'aides ou de compensations accordées aux gestionnaires de services publics.

Ainsi, l'article 86 § 2 TUE, s'adressant aux entreprises chargées de la gestion d'un SIEG, dispose que celles-ci sont soumises aux règles du traité, notamment aux règles de concurrence, « *dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à*

---

<sup>516</sup> Jean Dufau, « *Remarques sur la notion d'entreprise publique* », *AJDA*, 1956, p. 89 et ss.

<sup>517</sup> Définition empruntée à la décision CJCE, 21 Mars 1974, BRT c/ Sabam, *Rec.* 313.

*l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur est impartie* ». Ainsi, cet article laisse donc la porte ouverte à d'éventuelles dérogations qui seraient notamment justifiées par le fait que les règles de concurrence ne permettent pas d'accomplir pleinement le service public.

D'abord restrictive<sup>518</sup>, la jurisprudence communautaire a ensuite ouvert la possibilité de recourir à des dérogations, le gestionnaire de service public pouvant se dégager de certaines règles de concurrence quand bien même l'application de ces règles ne rendrait pas radicalement impossible l'accomplissement de la mission impartie<sup>519</sup>. Enfin, plus récemment le juge communautaire a admis la possibilité de financements et de compensations étatiques licites au regard des obligations de service public, par une décision du 24 Juillet 2003, Altmark Trans GmbH<sup>520</sup>. Certes, les conditions de ce financement ou de ces compensations sont très restrictives<sup>521</sup>, mais cette décision accrédite le fait que les obligations de service public peuvent être compensées ou financées dès lors qu'il en retourne de l'intérêt général.

Aussi, par analogie, il semble que l'insaisissabilité, qui ne serait justifiée formellement qu'en raison du principe de continuité et de régularité des services publics, ne saurait entrer en contrariété avec le droit communautaire. Donc, il semble que « *le véritable fondement d'une éventuelle garantie réside dans le service public* »<sup>522</sup>. En effet, en droit interne, les aides octroyées aux gestionnaires de service public n'ont de fondement que dans la nécessité d'assurer le bon fonctionnement du service public, et ce indépendamment de la nature juridique du gestionnaire, comme le relevait le Conseil d'Etat dans son rapport de 1999<sup>523</sup>. Témoigne en ce sens le fait que la personne publique concédante est tenue par

---

<sup>518</sup> Ainsi il fallait auparavant que l'application des règles de concurrence rende la mission plus difficile, il fallait qu'elle se révèle impossible (CJCE, 20 mars 1985, République italienne c/ Commission, British Telecom, aff. 41/83, R. p. 873).

<sup>519</sup> C'est la portée majeure des arrêts CJCE, 19 mai 1993, Corbeau, aff. C-320/91, R. I-2533 et CJCE, 27 avril 1994, Commune d'Almelo, C-393/92, R. I-1477).

<sup>520</sup> CJCE, 24 juillet 2003, Altmark Trans GmbH, aff. C-280-00, Voir note Stéphane Rodrigues, *AJDA*, 2003, p. 1739 et ss ainsi que la note de Stéphane Bracq, *RTDE*, 2004, n° 40, p 33-70.

<sup>521</sup> Ainsi trois conditions cumulatives essentielles ressortent de la licéité du financement des obligations de service public : 1. L'entreprise bénéficiaire doit effectivement être chargée de l'exécution d'obligations de service public et ces obligations doivent être clairement définies. 2. Les paramètres sur la base desquels est calculée la compensation doivent être préalablement établis de façon objective et transparente. 3. La compensation ne saurait dépasser ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public, en tenant compte des recettes relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations. Voir en ce sens la note de Stéphane Rodrigues (Ibid.).

<sup>522</sup> Christophe Barthélemy, « *La garantie implicite, gratuite et illimitée de l'état aux établissements publics : mythe ou réalité* », *CJEG*, n°613 – Octobre 2004, p. 423 et ss.

<sup>523</sup> Le rapport précisait en ce sens que « *Les principes de continuité, d'égalité et de mutabilité du service public, qui forment l'armature du régime des services publics, n'existent qu'en raison de la nécessité pour l'Etat de satisfaire en tout temps, de façon égale et la plus adaptée possible, les besoins essentiels de la population.* ». CE, rapport public de 1999 consacré à l'intérêt général, *EDCE* n° 50, p. 275.

exemple « *dans le cas où le concessionnaire serait insolvable* », ou plus généralement en cas de dysfonctionnements majeurs, de se substituer à son concessionnaire<sup>524</sup>.

Dès lors, les obligations du service public, comme la continuité et la régularité, semblent légitimer l'éventuel octroi d'aides, sous quelque forme que ce soit (en l'espèce il s'agit « d'aides » indirectement accordées par le biais d'un régime juridique spécifique). Or, la contrariété avec le droit communautaire réside en réalité davantage dans le caractère absolu de l'insaisissabilité accordée, alors que celle-ci pourrait être justifiée, au cas par cas, pour des considérations d'intérêt général. C'est ce qui semble ressortir de la lettre de la Commission en date du 4 avril 2003 à propos d'EDF<sup>525</sup> : « *Les autorités françaises ont souligné le fait qu'EDF exerce des missions de service public. Elles n'ont cependant pas indiquée de manière détaillée les obligations spécifiques de service public d'EDF* ».

Par cette affirmation, la Commission réserve donc la possibilité d'accorder des dérogations mais seulement si elles sont fonctions d'une réelle obligation de service public. Dans ce cadre, il apparaît que les obligations tenant à la continuité et la régularité du service peuvent être protégées par des mécanismes qui ont, pour unique but, cette protection. Si la personne publique définit de manière claire ses obligations de service public, un régime de protection spécifique des biens pourrait être validée, mais seulement pour les biens dont il est justifié qu'ils ont une utilité manifeste au regard de ces obligations de service public. De plus, cette analyse semble confortée par les dispositions de la directive du 27 juin 1980<sup>526</sup> obligeant les entreprises publiques à tenir une comptabilité séparée, par essence fonctionnelle<sup>527</sup>.

De même, une analyse des « avantages concurrentiels » des personnes publiques, pourrait aboutir aux mêmes fins<sup>528</sup>. Ainsi, par exemple, le fait que les personnes publiques bénéficient de l'insaisissabilité, du droit d'exproprier, ou encore de relations privilégiées avec l'Etat lui permettant un financement garanti... est contrebalancé en grande partie par des désavantages : obligations de recourir à des mécanismes de passation contractuelle limitant leur liberté, impossibilité théorique d'insérer des clauses compromissaires, ou encore les obligations de service public qu'elles doivent assumer. De telle sorte qu'un, bilan « coût-

---

<sup>524</sup> Jurisprudence constante sur ce point : CE, 16 Mai 1872, Ville de Meaux, Rec, p. 325 et CE, 13 Novembre 190, Ville de Royan, Rec. p. 683.

<sup>525</sup> JOUE n° C-164 du 15 Juillet 2003.

<sup>526</sup> Directive 80-723 du 25 Juin 1980, JOCE L. 185 du 29 Juillet 1980.

<sup>527</sup> Voir p. 139, note n° 509.

<sup>528</sup> Voir la stimulante étude de Christophe Lemaire, « *Les avantages concurrentiels des personnes publiques* », CJEG n° 613, Octobre 2004, p. 404 et ss.

avantage » pourrait permettre de justifier l'octroi d'aides spécifiques au regard de leurs obligations.

Il ressort donc de ces développements que l'insaisissabilité est moins contestée par le fait qu'elle puisse générer une protection de l'utilité réelle de certains biens, mais parce que son champ actuel couvre l'ensemble<sup>529</sup> des biens publics. Aussi, la limitation fonctionnelle paraît répondre aux contrariétés actuelles, en procédant à une limitation « finaliste » de la protection des biens publics.

### **B) Une innovation dans le sens de l'évolution du droit public interne**

Aboutissement en conformité avec les prescriptions communautaires, le critère fonctionnel possède au-delà de ce cadre des incidences positives en droit interne. Permettant de remplir l'objectif de valorisation des propriétés publiques, l'ajout d'un critère fonctionnel est surtout dans la mouvance du droit interne qui privilégie davantage l'optique finaliste en se désintéressant partiellement des structures. Il en résulte au final une clarté et une unité juridique souhaitable.

#### **1- La valorisation de l'action publique**

Comme le soulignait l'IGD, le terme « valorisation » possède une double finalité. Le terme peut être entendu comme un objectif de rentabilité ou de maximisation du profit. Mais, en raison de l'objectif même que poursuivent par essence les personnes publiques, la valorisation doit aussi s'entendre de l'enrichissement et de l'optimisation de l'intérêt général.

Selon cette acception, les atouts du critère fonctionnel sont indéniables. En offrant désormais la possibilité pour les personnes publiques de grever leurs biens de sûretés réelles, le critère fonctionnel permet ainsi une valorisation de leurs propriétés par l'octroi de crédits favorables. De même, sans conteste, le critère permet plus généralement aux personnes publiques de développer leurs activités économiques au sein d'un cadre juridique clair, autour de règles de droit privé. Une telle évolution est en réalité l'ébauche d'une séparation très nette entre les activités d'intérêt général et de service public menées par les personnes publiques, et leurs activités d'intérêt « privé ». Elle est en tout cas encouragée par le droit communautaire, notamment par la dissociation comptable des activités et matérialisée en droit par la nécessité

---

<sup>529</sup> Nous soulignons.

de séparer les fonctions d'opérateurs et de régulateurs. Cette approche fonctionnelle, au contraire de nuire à l'activité économique des personnes publiques, offre donc un cadre juridique lisible. Car, à l'inverse, dès lors que l'activité n'est pas de service public, le maintien de prérogatives de puissance publique ne se justifie plus.

Dès lors, si d'un côté la valorisation « économique » est assurée, la valorisation de l'intérêt général l'est également. En conférant une protection formelle aux biens nécessaires à la continuité des services publics, le droit se concentre à nouveau sur la notion fonctionnelle de service public. Ceux-ci ne méritent une protection spécifique que pour autant qu'elle soit nécessaire. Et à contrario, une telle mesure « libère » les biens dont l'utilité n'est pas manifeste pour les besoins du service public géré. La valorisation de l'activité commerciale passe nécessairement ainsi par un édifice juridique clair où les personnes publiques ne jouent plus les « Janus »<sup>530</sup>, notamment les établissements publics qui, selon les avantages qu'ils peuvent en retirer, invoquent tour à tour le bénéfice des règles publiques et des règles de droit commun.

## **2- La clarté et l'unité du droit**

En donnant la possibilité, lorsque le contentieux est judiciaire, de recourir aux voies d'exécution forcées, la réserve de compétence au profit de juge judiciaire par exemple au niveau des SPIC, acquiert une forme de plénitude puisque du jugement à l'exécution de celui-ci, un socle cohérent de droit privé est assuré. Certes, la personnalité publique conserve des attributions formant « un noyau dur », mais celui-ci tend progressivement à se diluer. Ainsi en est-il par exemple de l'interdiction de compromettre qui ces dernières années a vu le nombre de dérogations distendre son caractère absolu<sup>531</sup>.

Si certains y verront attristés la dilution des privilèges attachés à la propriété publique, il n'y a pas lieu pour autant de le regretter. La souplesse qu'offre en partie le droit privé est un « mal » nécessaire pour les personnes publiques dont l'activité économique ne peut se développer sans flexibilité.

---

<sup>530</sup> Expression reprise à Roger Perrot, « Rapport français » in « Travaux de l'association Henri Capitant » relatif à L'exécution des décisions de justice, T XXXVI, Economica 1987.

<sup>531</sup> Ainsi, la Loi du 30 décembre 1982 a conféré la faculté pour la SNCF de transiger. De même l'article 28 de la loi du 2 Juillet 1990 a donné aussi cette possibilité à La Poste et France Télécom. De manière plus générale, l'article 132 du Code des marchés publics dispose que l'Etat, les collectivités territoriales et les établissements publics locaux peuvent recourir à l'arbitrage pour la liquidation de leurs dépenses en matière de travaux et fournitures.

Parallèlement, le droit public se métamorphose en se recentrant sur la notion fonctionnelle. Le Code général de la propriété des personnes publiques a notamment tenté de mettre fin à l'hypertrophie de la domanialité publique en se recentrant sur le critère fonctionnel : Il a notamment substitué à la notion d'aménagement spécial, notion beaucoup trop « lâche », celle d'aménagement indispensable<sup>532</sup>. De même le droit financier et fiscal s'imprègne des méthodes comptables privées, la LOLF ayant intégré le passage d'une comptabilité de caisse à une comptabilité de gestion, tournée vers l'objectif de performance. L'analyse des activités, de leur coût, de leurs objectifs et de leurs résultats a ainsi dépassé le caractère statique des anciennes normes comptables.

Comme le soulignait certains auteurs, ce n'est pas le moindre des paradoxes d'une telle mutation que de réduire le champ du droit public tout en révélant son essence même. Car, en réalité, tous ces objectifs sont similaires car concourant aux mêmes fins : la maîtrise des fonds publics et des coûts, par l'analyse dynamique des nécessités et des résultats. L'optique de gestion patrimoniale a ainsi émergé, dissocié entre deux objectifs : la valorisation économique des biens qui ne sont pas nécessaires aux services publics, la protection en revanche des seconds. Dès lors rien ne semble contradictoire à accorder l'insaisissabilité aux gestionnaires privés de services publics dont certains biens sont indispensables à leur continuité. La fonction prévaut désormais sur l'organe. L'essence du droit public, loin d'être obsolète, est même confirmée par cette approche patrimoniale et valorisante car, à contrario, elle signifie que les règles de droit public n'ont de sens que par leur finalité. C'est parce que l'intérêt général et le service public ne sont pas des activités comme les autres qu'il convient de les protéger.

Le recentrage autour de la « *raison d'être* »<sup>533</sup> des personnes publiques, la mission de service public, offre au contraire un cadre juridique univoque : la protection des biens publics est désormais fonction de l'affectation, tout du moins de l'utilité. En proclamant l'insaisissabilité des seuls biens nécessaires à la continuité et la régularité des services publics, l'insaisissabilité devient fondement non plus de la personnalité publique, ni même règle découlant de la propriété publique, mais fonction de l'activité de service public.

---

<sup>532</sup> Article L. 2111-1 CG3P : « *Sous réserve de dispositions législatives spéciales, le domaine public d'une personne publique mentionnée à l'article L. 1 est constitué des biens lui appartenant qui sont soit affectés à l'usage du public, soit affectés à un service public pourvu qu'en ce cas ils fassent l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public.* ».

<sup>533</sup> René Chapus, préc. note n° 25, § 742

## Conclusion

Avant d'être consacré législativement et codifié, le principe d'insaisissabilité des propriétés publiques a longtemps été un principe général du droit, dont la nature est d'être révélée ou proclamée par le juge administratif ou judiciaire à partir des tendances repérées dans « *l'état général et du droit et l'esprit de la législation* »<sup>534</sup>. Selon une acception plus théorique, il s'agirait « *d'une œuvre constructive de la jurisprudence réalisée pour des motifs supérieurs d'équité, afin d'assurer la sauvegarde des droits individuels des citoyens* »<sup>535</sup>.

A l'issue de ces développements, et au regard de cette définition, on pourrait en conclure, un peu sévèrement, que jamais peut être un principe général du droit comme celui d'insaisissabilité des propriétés publiques n'aura aussi mal porté sa dénomination. Tant au niveau de l'équité qu'au plan de la sauvegarde des droits individuels des citoyens, l'insaisissabilité absolue dont jouissent actuellement les personnes publiques présente au contraire les travers propres à un régime d'exception n'offrant pas d'alternatives satisfaisantes. Le « *bel arsenal* »<sup>536</sup> de mesures contraignantes instituées par la loi du 16 juillet 1980, n'arrive pas nécessairement à bout de la résistance opposée parfois par certaines personnes publiques, comme en témoigne les nombreux cas contentieux étudiés dans le présent devoir. A cette pierre d'achoppement interne, s'ajoute qui plus est des contrariétés au niveau du droit européen et particulièrement au regard de l'article 6 § 1 CEDH, la « *prééminence du droit* » n'étant « *qu'illusoire* »<sup>537</sup>, en cas d'inexécution ou de retard dans l'exécution des décisions de justice.

« *Le principe doit-il céder ?* » s'interrogeait le professeur Chapus<sup>538</sup>. Une réponse, raisonnée, par l'affirmative ne saurait faire de doute, car il semble qu'aujourd'hui plus rien ne commande et légitime un tel principe qui, par son champ absolu, n'offre ni cohérence juridique, ni flexibilité, ni équité. Alors que, d'après les observations de l'ancien vice-président du Conseil d'Etat, M. Denoix de Saint Marc, ce principe général d'insaisissabilité ressortait de « *l'expression de règles communément admises, en matière morale,*

---

<sup>534</sup> René Chapus, précité note n° 25, § 123.

<sup>535</sup> Allocution du président Bouffandeau à l'occasion du 150<sup>ème</sup> anniversaire du Conseil d'Etat, cité par Yves Gaudemet, Jean-Claude Vénezia, André de Laubadère, *Traité de droit administratif*, n° 868.

<sup>536</sup> René Chapus, précité note n° 25.

<sup>537</sup> Terminologie ressortant des propos introductifs à la Recommandation 2003-17 du Conseil des ministres sur l'exécution des décisions de justice.

<sup>538</sup> René Chapus, précité note n° 25, § 526.

*sociologique, ou économique* »<sup>539</sup>, il semble au contraire qu'il faille se résoudre à admettre désormais que « *les règles communément admises en matière économique ont bien changé et ne justifient plus un tel principe sans nuance* »<sup>540</sup>.

En effet l'environnement économique et même juridique, a profondément évolué de telle sorte que l'insaisissabilité absolue des propriétés publiques apparaît comme une règle dépassée. L'optique de valorisation des propriétés publiques, le recours à l'investissement privé, et plus généralement, le souci de conférer aux personnes publiques chargées de missions « économiques » des règles conformes à celles du droit privé, plaident pour une remise en cause du champ actuel de l'insaisissabilité.

Encouragée par le droit communautaire qui estime que « *la nature profonde de l'activité compte plus que l'habit juridique* »<sup>541</sup>, l'approche fonctionnelle est une nécessité exigée. C'est dans ce cadre que l'adjonction d'un critère fonctionnel, limitant l'insaisissabilité aux seuls biens nécessaires au fonctionnement continu et régulier des services publics, apparaît le plus judicieux puisqu'il s'inscrit en droite ligne de l'inflexion fonctionnelle déjà constatable. L'exigence de séparation fonctionnelle, au niveau financier et comptable, ou entre opérateurs et régulateurs, manifestent cette mutation tangible.

On pourrait conclure en citant les propos quelque peu lyriques du professeur Plessix selon lequel la prévalence du critère fonctionnel rétablit « *l'idée de droit* » et une « *certaine représentation du Juste* »<sup>542</sup>. Plus sobrement, avec lui, nous nous contenterons de noter que le passage imposé par le droit communautaire d'une logique de « mission » à une logique « d'obligations » de service public n'a rien de révoltant car il en est de la vertu même d'un critère fonctionnel : « *les moyens sont toujours ordonnés et proportionnés à la fin* »<sup>543</sup>. Alors, oui, « *la nécessité d'assurer le service public l'emporte sur les considérations tirées du crédit (...)* »<sup>544</sup>. Mais, plus que jamais, seule cette nécessité semble justifier la nature de la protection en cause.

---

<sup>539</sup> Note sous l'arrêt CA Paris, 11 Juillet 1984, SNCF c/ GARP, D 1985, J, p. 174.

<sup>540</sup> G. Clamour, « *Intérêt général et concurrence, essai sur la pérennité du droit public en économie de marché* » Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque de Thèse, 2006, § 950.

<sup>541</sup> S. Destours et G. Clamour, « *Collectivités territoriales et droit de la concurrence* », *J-CI Collectivités territoriales*, Fasc ; 724, § 107.

<sup>542</sup> Benoît Plessix, précité note n° 29.

<sup>543</sup> Ibid.

<sup>544</sup> Maurice Hauriou, *Traité de droit administratif*, 8<sup>ème</sup> édition, p. 868.



## **Bibliographie indicative**

### **Ouvrages**

- ❑ CHAPUS René, « *Droit administratif* », 15<sup>ème</sup> ed., Montchrestien, 2001.
- ❑ CHAPUS René, « *Droit du contentieux administratif* », 12<sup>ème</sup> ed., Montchrestien, 2006.
- ❑ CHEROT Jean-Yves, « *Droit public économique* », Ed. Economica, 2<sup>ème</sup> ed., 2007.
- ❑ CORNU Gérard, « *Vocabulaire juridique* », Association Henri Capitant, PUF, 7<sup>ème</sup> ed., 2005.
- ❑ DRAGO Roland (dir.), « *Quel avenir pour les entreprises publiques ?* », PUF, cahier de sciences morales et politiques, 1<sup>ère</sup> ed., 2001.
- ❑ FRIER Pierre-Laurent, PETIT Jacques, « *Précis de droit administratif* », Ed. Montchrestien, Domat droit public, 4<sup>ème</sup> ed., 2006.
- ❑ GAUDEMET Yves, « *Traité de droit administratif, Tome II, Droit administratif des biens* », 12<sup>ème</sup> ed., LGDJ, 2002.
- ❑ GUINCHARD Serge & MOUSSA Tony (dir.), « *Droit et pratique des voies d'exécution* », Dalloz, Coll. Dalloz action, 5<sup>ème</sup> ed., 2007.
- ❑ HAURIOU Maurice, « *Précis de droit administratif et de droit public* », Dalloz, 12<sup>ème</sup> ed. présentée par Pierre Delvolvé & Franck Moderne, 2002.
- ❑ JULIEN P. & TAORMINA G., « *Voies d'exécution et procédures de distribution* », LGDJ, Coll. Manuel, 2000
- ❑ LINOTTE Didier, ROMI Raphaëlle, « *Droit public économique* », Ed. Litec, Collection MANUEL, 6<sup>ème</sup> ed., 2006
- ❑ LONG Marcel, WEIL Prosper, BRAIBANT Georges, DEVOLVE Pierre, GENEVOIS Bruno, « *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative* », Ed. Dalloz, 2007.

### **Thèses et Mémoires universitaires**

- ❑ BLANC François, « *Le principe d'insaisissabilité des biens des établissements publics industriels et commerciaux* », Sous la direction de Jacques Arrighi de Casanova, Mémoire de recherche Master 2<sup>ème</sup> année : Droit public approfondi : Paris 2 Université Panthéon-Assas, 2006, 58 pages
- ❑ CHAMARD Caroline, « *La distinction des biens publics et des biens privés* », Thèse Lyon III, 25 juin 2002, Dalloz, 2004.

- CLAMOUR Guylain, « *Intérêt général et concurrence, essai sur la pérennité du droit public en économie de marché* », Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque de Thèse, 2006.
- YOLKA Philippe, « *La propriété publique, éléments pour une théorie* », LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 191, 1997.

### **Rapports et Travaux**

- Rapport du Conseil d'Etat sur l'exécution des décisions des juridictions administratives, *RFDA*, Juillet-Août 1990, p 481 et ss.
- Rapport du Conseil d'Etat 2002, « *Collectivités locales et concurrence* », *EDCE*, 2002, p. 215.
- Rapport de l'Institut de gestion déléguée, « *Valorisation des biens publics* » Publication IGD et dans le cadre de la publication des Actes du Colloques du 28 janvier 2004 sur la réforme du droit des propriétés publiques, *LPA* – n°147 – 23 juillet 2004.
- IGD (Institut de gestion déléguée), « *La gestion patrimoniale du domaine public, rapport du groupe de travail* », Ed. IGD, Avril 2001.

### **Articles**

- AMSELEK Paul, « *Les établissements publics sans comptable public et le principe de l'insaisissabilité des biens des personnes publiques* », *D*, I, 1986, 3236.
- ARRIGHI DE CASANOVA Jacques, « *Pourquoi réformer le droit des propriétés publiques* », *LPA* 23 Juillet 2004, n° 147, p. 17.
- BARADUC Elisabeth, « *Les prérogatives de la puissance publique pour résister à l'exécution* », *RDC*, Février 2005, p. 143.
- BARTHELEMY Christophe, « *La garantie implicite, gratuite et illimitée de l'état aux établissements publics : mythe ou réalité* », *CJEG*, n°613 – Octobre 2004, p. 423 et ss.
- BAZEX Michel & BLAZY Sophie, « *Le statut d'établissement public recèle-t-il par nature une aide d'état ?* », *DA*, 2005, n° 5. 1996, p. 39.
- BRISSON Jean-François, « *L'incidence de la loi du 20 avril 2005 sur le régime des infrastructures aéroportuaires* », *AJDA*, Octobre 2005, p. 1835.
- CLAISSE Yves, « *La remise en cause de l'insaisissabilité des biens des établissements publics industriels et commerciaux au nom de l'interdiction communautaire des aides d'État* », *La lettre du droit public de l'entreprise*, Octobre 2003, n° 19, [www.laldpe.fr](http://www.laldpe.fr).
- CLAMENS Stéphanie « *Vers la remise en cause du principe d'insaisissabilité des biens des personnes publiques* », *AJDA* 20 octobre 2000, p. 767.

- DELACOUR Eric, « *Services publics et concurrence communautaire* », *RMCUE*, 1996, p. 501.
- DELION André, « *Les garanties d'état et leur évolution* », *CJEG*, n° 613 Octobre 2004, p. 417.
- DELION André, « *Service public et comptabilité publique* », *AJDA*, 1997, p. 69.
- DEVOLVE Pierre, « *L'exécution des décisions de justice contre l'administration* », *EDCE*, 1983-84, p. 111
- DEVOLVE Pierre, « *L'exercice des voies d'exécution du droit commun contre les entreprises publiques* », *RFDA*, Janvier Février 1985, p. 85.
- DUCOS-ADER R., « *Le principe de l'insaisissabilité, un principe autonome et général du droit applicable à tous les établissements publics industriels et commerciaux* », *Gaz. Pal* 14 Août 1986, *Doctr.*, p. 474.
- DUFAU Jean, « *Le changement de statut d'Aéroports de Paris* », *JCP A*, 4 juillet 2005, p. 1077.
- DUFAU Jean, « *Remarques sur la notion d'entreprise publique* », *AJDA*, 1956, p. 89.
- FATOME Etienne, « *Le régime juridique des biens affectés au service public, A propos de la décision du conseil constitutionnel du 14 Avril 2005* », *AJDA*, 2006, p. 178.
- GAUDEMET Yves & DERUY Laurent, « *Les travaux de législation privée, le rapport de l'Institut de gestion déléguée* », *LPA*, 23 juillet 2004, n° 147, p. 9.
- GAUDEMET Yves, « *L'entreprise publique à l'épreuve du droit public* », in *Mélanges Drago, Economica* 1996, p. 259.
- GAUDEMET Yves, « *La saisie des biens des établissements publics : nouveaux développements de la question* », *Gaz. Pal*, 15 décembre 1984, p. 565.
- GAUDEMET Yves, « *La réforme du droit des propriétés publiques : une contribution* », *CJEG*, 2004, n° 608, p. 163.
- GENTILI Christian, « *Immunités en droit interne* », *JCP Voies d'exécution*, Fasc. 495, 30 septembre 2006
- JACQUIGNON Louis, « *L'exécution forcée sur les biens des autorités et services publics* », *AJDA* 1958, I, p. 71.
- KARPENSCHIF Michaël, « *La privatisation des entreprises publiques : une pratique encouragée sous surveillance communautaire* », *RFDA*, 2002, p. 95.
- LEMAIRE Christophe, « *Les avantages concurrentiels des personnes publiques* », *CJEG* n° 613, Octobre 2004, p. 404.
- LIET-VEAUX G., « *Organisation administrative et professionnelle du commerce* », *RTD commercial*, 1950, p. 65.

- LOMBARD Martine, « *L'établissement public industriel et commercial est-il condamné ?* », *AJDA*, 2006, p. 79.
- LUCHAIRE F., « *Le statut des entreprises publiques* », *Droit social*, 1947, P 253.
- MAUGUE Christine & BACHELIER Gilles, « *Genèse et présentation du code général de la propriété des personnes publiques* », *AJDA*, 2006, p. 1073.
- NICOD Benoît, « *Immunités et insaisissabilités* », *LPA*, 6 janvier 1993, n°3-19.
- PERROT Roger « *Rapport français* » in « *Travaux de l'association Henri Capitant* » relatif à L'exécution des décisions de justice, T XXXVI, *Economica* 1987.
- PERROT Roger, « *Procédure de l'instance : jugements et voies de recours, voies d'exécution et mesures conservatoires* », *RTD Civ.*, 1989, p. 137.
- PREAT David, « *La garantie de l'Etat à ses établissements publics : une aide incompatible avec le marché commun ?* », *LPA*, 26 Janvier 2000, n° 18, p. 4.
- PLESSIX Benoît, « *L'éternelle jeunesse du service public* », *JCP A*, 24 octobre 2005, p. 1613.
- SARGOS Pierre, « *L'exécution des décisions judiciaires portant condamnation d'une personne publique* », in Rapport général de la Cour de cassation 1987, 1987, p. 122.
- VEDEL Georges, « *Le régime des biens des entreprises nationalisées* », *CJEG*, 1956, p 177-186.
- VIRALLY Michel, « *Remarques sur le projet de loi portant statut général des entreprises publiques* », *RA*, 1950, p. 355.
- YOLKA Philippe, « *Naissance d'un code, la réforme du droit de propriétés publiques* », *JCP A*, 29 mai 2006, p. 687.
- YOLKA Philippe, « *Protection des propriétés publiques : régime général* », *J-CI Propriétés publiques*, Fasc. 60, Mars 2003.

### **Notes et Conclusions de jurisprudence**

- ARRIGI DE CASANOVA Jacques, Conclusions du commissaire du gouvernement sous l'arrêt CE, 23 Octobre 1998, EDF, *AJDA*, 20 décembre 1998, p. 1017.
- BAZEX Michel, Note sous l'arrêt Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 21 Décembre 1987, BRGM c/ Lloyd Continental *AJDA*, 1984, p 614.
- BLAOVET Charles, Note sous l'arrêt Cass. Com., 9 Juillet 1951, SNEP, *D*, 1952, p. 141.
- CLAISSE Yves, Note sous l'arrêt CE avis, n° 350.083, 30 janvier 1992, in « *Les grands avis du Conseil d'Etat* », 2<sup>ème</sup> ed., 2002.
- DENOIX DE SAINT MARC Renaud, Note sous l'arrêt CA Paris, 11 Juillet 1984, SNCF c/ GARP, *D* 1985, J, p. 174.

- ❑ DUGRIP Olivier & SUDRE Frédéric, Note sous l'arrêt CEDH, 19 mars 1997, Hornsby c/ Grèce, aff. 107/1995, *JCP* 1997, n° 47, p. 507.
- ❑ DRAGO Roland, Note sous l'arrêt Cass., Com, 9 juillet 1951, SNEP, *S*, 1952, I, p. 125 et ss.
- ❑ HAURIOU Maurice, Note sous l'arrêt TC, 9 décembre 1899, Association syndicale du canal de Gignac ; *S*, 1900, III, p. 49.
- ❑ HAURIOU Maurice, Note sous CE, 20 Novembre 1908, Chambre de commerce de Rennes, *S*, 1910, III, p. 17.
- ❑ HUGON Christine, Note sous CEDH, 26 Septembre 2006, Sté de gestion du port de Campoloro et autre c/ France, *D*, 2007, p. 545.
- ❑ LAVAU G-E, Note sous l'arrêt CA Paris, 22 décembre 1948, Sté d'exploitation et d'affermage de journaux et de publications c/ SNEP, *JCP G*, II, 1950, 4729.
- ❑ LAVAU G-E, Note sous l'arrêt CA Aix en Provence, 30 novembre 1949, SNEP c/ Esposito, *JCP*, II, 5245.
- ❑ LAVAU G-E, Note sous l'arrêt CA Lyon, 13 juillet 1948, SNEP c/ Arthus et autres, *JCP*, 1950, II, n°5290.
- ❑ MOYSAN Hervé, Note sous l'arrêt Cass, 15 novembre 1995, Cusset c/ CRAVAM, *DA*, Août Septembre 1996, p.1.
- ❑ NICOD Benoît, Note sous l'arrêt CA Paris, 18 Mars 1986, BRGM c/ S.A Lloyd Continental, *D*, 1987, p. 310.
- ❑ NICOD Benoît, Note sous l'arrêt Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 21 Décembre 1987, BRGM c/ Lloyd Continental, *JCP G*, 1989, II, 21183.
- ❑ PACTEAU Bernard, Note sous l'arrêt Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 21 décembre 1987, BRGM c/ Lloyd Continental, *RFDA*, 1988, p 771.
- ❑ PREVAULT Jacques, Note sous l'arrêt CA paris, 26 mai 1982, GDF c/ OMNIA, *JCP*, II, 1982, n° 19111.
- ❑ PREVAULT Jacques, Note sous l'arrêt TGI Paris, 1<sup>ère</sup> ch., 1<sup>er</sup> février 1984, GDF c/ Sté Omnium d'investissement auxiliaire, *JCP* 1984, II, n° 20294.
- ❑ PREVAULT Jacques, Note sous l'arrêt CA Versailles, 2 Juin 1986, *D* 1987, p. 86.
- ❑ RICHER Laurent, Note sous l'arrêt Cass. Civ, 21 Décembre 1987, BRGM c/ S.A Lloyd Continental, *CJEG*, Mars 1988, p 107.
- ❑ SYNVET Hervé, Note sous l'arrêt Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> octobre 1985, Sonatrach c/ Migeon, *JCP* 1986, II, 20566.
- ❑ WALINE Marcel, Note sous l'arrêt Tribunal civil de la Seine, 18 Octobre 1933, Office national du tourisme, *D*, 1934, II, p 65.



# Table des matières

Sommaire	9
Principales abréviations	11
Introduction	14
<b><u>Titre I- Le fondement organique de l'insaisissabilité : une consécration fragilisée</u></b>	27
<b><u>Chapitre 1 : La consécration de l'exclusivité du critère organique</u></b>	27
<i><u>Section 1 : La personnalité publique, fondement du principe d'insaisissabilité</u></i>	28
1) Les controverses jurisprudentielles antérieures	28
A) L'approche matérielle : le critère tiré de l'activité principale de la personne publique	29
1- L'objet de la controverse : La soumission des entreprises publiques au droit privé	29
2- Le critère tiré du degré de commercialité de l'activité gérée par une personne publique	31
B) L'approche formelle : le critère tiré de la présence ou non d'un comptable public	35
1- Le rattachement à la notion de « deniers publics »	36
2- Critique doctrinale et dépassement de la controverse	38
2) L'unification du droit : De la jurisprudence BRGM à l'article L 2311-1 du CGPPP	40
A) Le rattachement de l'insaisissabilité à un critère organique exclusif	41
1- Les précédents jurisprudentiels	41
2- L'indifférence quant à la nature juridique du bien et à l'activité de la personne publique	43
B) La valeur juridique du principe d'insaisissabilité	45
1- Un principe général du droit	45
2- Un principe de valeur législative	48
<i><u>Section 2 : La portée du principe d'insaisissabilité des propriétés publiques</u></i>	49
1) Le champ matériel du principe d'insaisissabilité	49
A) L'insaisissabilité concerne toutes les personnes publiques	50
1- L'équivalence entre insaisissabilité et immunité	50
2- La saisissabilité des biens des personnes privées	52
B) L'insaisissabilité concerne tous les biens	53
1- L'indifférence au critère tiré de l'affectation d'un bien	54
2- L'indissociabilité du patrimoine	57
2) Les effets du principe d'insaisissabilité	59
A) Mesures permises	60
1- La saisissabilité des personnes publiques en tant que tiers-saisie	60
2- Les autres saisies envisageables	62
B) Mesures prohibées	63
1- Exclusion des procédures civiles d'exécution	63
2- Exclusion de la constitution de sûretés réelles	66
<b><u>Chapitre 2 : Les limites de l'exclusivité du critère organique</u></b>	68
<i><u>Section 1 : Approche critique du rattachement de l'insaisissabilité à la personnalité publique</u></i>	69
1) Justifications et dépassement du fondement organique	69

A) Les justifications traditionnelles	70
1- Le monopole de la contrainte légitime	70
2- Solvabilité et bonne foi de l'administration	71
3- Intérêt général et affectation présumés	72
4- La protection des Finances publiques	73
B) Critique et dépassement des justifications « organiques »	74
1- Appréciation critique	74
2- Le dépassement des objections par le critère fonctionnel	77
2) La négation de l'approche finaliste de l'activité administrative	79
A) La « dévalorisation » de la propriété publique	79
B) L'unité du droit en question	82
<u>Section 2 : L'abandon de la gémellité entre personnalité publique et insaisissabilité</u>	84
1) L'insaisissabilité des biens des personnes privées	84
A) L'insaisissabilité de certains biens des personnes privées	85
B) L'insaisissabilité des biens privés nécessaires à la continuité du service public	87
2) De l'insaisissabilité des biens privés nécessaires à la continuité du service public... à la mise en place d'un critère fonctionnel ?	89
A) Les précédents textuels	89
B) La loi du 20 Avril 2005	91
<b><u>Titre II- L'établissement d'un critère fonctionnel : une adaptation exigée</u></b>	95
<b><u>Chapitre 1 : Constance et prévalence du critère fonctionnel</u></b>	95
<u>Section 1 : La permanence et l'autonomie des références au critère fonctionnel</u>	96
1) Le critère fonctionnel, appui du critère organique	96
A) Les précédents appelant à la mise en place d'un critère fonctionnel en droit interne	96
1- Les précédents normatifs	97
2- Les précédents jurisprudentiels	98
B) L'appui doctrinal	100
3- Le souhait persistant d'une limitation de l'insaisissabilité	100
4- Les propositions doctrinales récentes	101
2) Le critère fonctionnel, justification autonome de l'insaisissabilité des propriétés publiques	105
A) La valeur juridique supérieure du principe de continuité et de régularité des services publics	105
1- La valeur constitutionnelle du principe de continuité des services publics	106
2- L'approche finaliste du Conseil constitutionnel	108
B) La continuité des services publics, cause et conséquence du principe d'insaisissabilité	109
<u>Section 2 : L'exemplarité du droit comparé et international</u>	110
1) L'exemplarité du droit comparé	110
A) Le caractère relatif de l'insaisissabilité des propriétés publiques en droit comparé	111
B) Les Etats rattachant l'insaisissabilité à un critère fonctionnel	112
2) L'approche finaliste en droit communautaire et international	115
A) L'affectation du bien, fondement de l'insaisissabilité en droit international public	116
B) L'indifférence du critère organique dans l'approche finaliste communautaire	118

1- La conceptualisation fonctionnelle communautaire	118
2- L'insaisissabilité, constitutive d'une aide d'état ?	119
<b>Chapitre 2 : Formalisation et apports du critère fonctionnel</b>	<b>124</b>
<u>Section 1 : L'établissement d'un critère fonctionnel</u>	124
1) Le champ des biens saisissables	125
A) Le champ matériel	125
1- Les personnes concernées	125
2- L'activité gérée par la personne publique	127
B) L'intensité du lien entre le bien et le service public	130
1- Hypothèse 1 : La simple exécution d'une mission de service public	130
2- Hypothèse 2 : Le bien affecté au service public	131
3- Hypothèse 3 : Le bien nécessaire à la continuité du service public	132
C) La nécessité d'assouplir le régime ?	133
2) La formalisation d'un critère fonctionnel	135
A) Contenu de la proposition finale	135
B) Formalisation du critère fonctionnel	136
1- La norme juridique appropriée	136
2- Le cadre juridique approprié	137
<u>Section 2 : L'intérêt du critère fonctionnel</u>	139
1) Les apports du critère fonctionnel dans le cadre contentieux	140
A) L'exécution optimisée des décisions de justice	140
1- La célérité du traitement des litiges	140
2- Le respect de l'article 6 § 1 de la CEDH	144
B) Approche critique	146
1- L'imbrication avec les voies d'exécution administratives	146
2- Les contrariétés juridiques et pratiques	147
2) Les apports du critère fonctionnel dans le cadre de l'évolution unitaire du droit des propriétés publiques	149
A) Une innovation respectueuse du droit communautaire	150
B) Une innovation dans le sens de l'évolution du droit public interne	153
1- La valorisation de l'action publique	153
2- La clarté et l'unité du droit	154
<b>Conclusion</b>	<b>156</b>
<b>Bibliographie indicative</b>	<b>159</b>
<b>Table des matières</b>	<b>165</b>



## Collection des mémoires de l'équipe de droit public

- **N° 1 Culte, culture et domanialité publique – L'organisation de concerts dans les églises**  
Elise Untermaier, Mémoire pour le DEA de droit public fondamental, sous la direction de Sylvie Caudal, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2005.
- **N° 2 L'adoption : un défi potentiel pour une Union européenne en mutation**  
Amélie Demange, Mémoire pour le DEA de droit communautaire, sous la direction de Cyril Nourissat, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2005.
- **N° 3 L'octroi de Lyon, 5 fructidor an VIII – 28 avril 1816 – Les péripéties du rétablissement d'un impôt local supprimé par la Révolution**  
Agathe Leclerc, Mémoire pour le Master II Droit public Recherche mention Finances publiques et sociales, sous la direction de Catherine Fillon, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2006.
- **N° 4 Occupations d'églises et droit public**  
Maëlle Perrier, Mémoire pour le DEA de droit public fondamental, sous la direction de Sylvie CAUDAL, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2007.
- **N° 5 La rénovation parlementaire à travers l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la Loi**  
Jean-François Kerléo, Mémoire pour le DEA de droit public fondamental, sous la direction de Thierry Debard, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2007.
- **N°6 Contribution à la définition des compétences intercommunales - Etude des établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre du département du Rhône**  
Thomas Billet, Mémoire pour le Master II Recherche droit public, mention Finances publiques et sociales, sous la direction de Jean-Luc Albert, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2007.
- **N°7 L'insaisissabilité des biens des personnes publiques : vers la mise en place d'un critère fonctionnel ?**  
Christophe Roux, Mémoire pour le Master II Recherche de droit public fondamental, sous la direction de Sylvie Caudal, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2008.

**Imprimé par le Service Édition  
de l'Université Jean Moulin Lyon 3**